

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR**  
**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – DOUTORADO**

**RODRIGO RÉGNIER CHEMIM GUIMARÃES**

**ATIVIDADE PROBATÓRIA COMPLEMENTAR DO JUIZ**  
**COMO AMPLIAÇÃO DA EFETIVIDADE**  
**DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**  
**NO NOVO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**CURITIBA**  
**2015**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR**  
**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – DOUTORADO**

**RODRIGO RÉGNIER CHEMIM GUIMARÃES**

**ATIVIDADE PROBATÓRIA COMPLEMENTAR DO JUIZ**  
**COMO AMPLIAÇÃO DA EFETIVIDADE**  
**DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**  
**NO NOVO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Tese apresentada ao como requisito parcial para obtenção do título de Doutor. Doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná – UFPR. Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD. Área de concentração: Direito do Estado. Linha de Pesquisa: Direito, poder e controle. Professor orientador: Professor Titular Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

**Curitiba**

**2015**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR**  
**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – DOUTORADO**

**RODRIGO RÉGNIER CHEMIM GUIMARÃES**

**ATIVIDADE PROBATÓRIA COMPLEMENTAR DO JUIZ**  
**COMO AMPLIAÇÃO DA EFETIVIDADE**  
**DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**  
**NO NOVO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Tese aprovada como requisito parcial para  
obtenção do título de Doutor, no Curso de  
Doutorado em Direito da Universidade  
Federal do Paraná – UFPR, pela Comissão  
formada pelos professores:

---

**ORIENTADOR: Prof. Tit. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

---

**Prof. Dr. Paulo Cesar Busato**

---

**Prof. Dr. Lenio Luiz Streck**

---

**Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Junior**

---

**Prof. Dr. Fauzi Hassan Choukr**

**Curitiba, 17 de agosto de 2015.**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR**  
**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – DOUTORADO**

**RODRIGO RÉGNIER CHEMIM GUIMARÃES**

**ATIVIDADE PROBATÓRIA COMPLEMENTAR DO JUIZ**  
**COMO AMPLIAÇÃO DA EFETIVIDADE**  
**DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**  
**NO NOVO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Tese aprovada como requisito parcial para  
obtenção do título de Doutor, no Curso de  
Doutorado em Direito da Universidade  
Federal do Paraná – UFPR, pela Comissão  
formada pelos professores:

  
\_\_\_\_\_  
ORIENTADOR: Prof. Tit. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr.

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr.

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr.

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr.

Curitiba, 17 de 08 de 2015.

*Caem as folhas de repente,  
brotam outras pelos ramos,  
murcham flores, surgem pomos  
e a planta volta à semente.*

*Assim somos. Sutilmente,  
diferimos do que fomos.*

*Impossível transmitir,  
por secreto e singular,  
o acrescentar e perder  
desse crescer que é mudar.  
(HELENA KOLODY)*

### ***Agradecimentos.***

***Agradeço aos vinte e cinco anos de orientação para a vida e para o Direito Processual Penal do Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, iniciada informalmente nas primeiras aulas de processo penal ainda nos bancos da graduação da gloriosa Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.***

***Agradeço ao amigo e Professor Fábio André Guaragni pelas valiosas contribuições ao aprimoramento da tese, fruto das inúmeras discussões que tivemos sobre o tema ao longo dos últimos dez anos.***

***Agradeço ao povo brasileiro que custeia a excelência da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.***

***Agradeço aos Professores e Funcionários do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Todos contribuíram para que, ao final de quatro anos de estudos de doutoramento nessa Casa, se permitisse submeter o trabalho à avaliação da douta Banca de examinadores, a quem igualmente me congratulo.***

***Agradeço aos meus pais Luiz e Lúcia pelo amor, carinho, formação e educação que me proporcionaram.***

***Agradeço à minha esposa Alessandra e meus filhos Bruna e Guilherme, pelo amor e pela compreensão das inúmeras horas privadas de convívio familiar que permitiram a elaboração desta tese. Amo todos vocês!***

## **Sumário.**

	<b>Pág.</b>
<b>Introdução.</b>	<b>01</b>
<b>Parte I – O juiz e a “busca da verdade real”: premissa equivocada da doutrina tradicional.</b>	<b>12</b>
<b>Capítulo I – O longo trajeto em busca da verdade: a recorrente alternância entre o sujeito e o objeto.</b>	<b>22</b>
Seção I – Do primeiro “giro antropológico” à verdade como correspondência em Aristóteles.	<b>23</b>
Seção II - A influência judaico-cristã na consolidação da cultura processual penal tradicional de busca de uma verdade absoluta.	<b>36</b>
Seção III – O segundo “giro antropológico”: a fixação da verdade na filosofia da consciência cartesiana.	<b>46</b>
Seção IV – Interseções entre o racionalismo e o empirismo na discussão da verdade.	<b>51</b>
Seção V – A emergência da Psicanálise e da semiologia a partir do positivismo naturalista: abrindo caminhos para novas perspectivas da verdade.	<b>62</b>
<b>Capítulo II – A Psicanálise como primeiro caminho divergente: contribuição da dialética do pulsional na elaboração do inconsciente freudiano.</b>	<b>72</b>
Seção I – Premissas schopenhauerianas.	<b>73</b>
Seção II – Contrapontos nietzschenianos.	<b>77</b>
Seção III – A síntese freudiana na constatação de como opera a psique humana.	<b>83</b>
<b>Capítulo III – A linguagem como segundo caminho divergente: a Filosofia da Linguagem e os “giros linguísticos”.</b>	<b>91</b>

Seção I – O início do chamado primeiro “giro linguístico”: Charles Sanders Peirce e Ferdinand de Saussure.	95
Seção II – Ludwig Wittgenstein: da verdade como correspondência ao “giro pragmático” da linguagem.	106
Seção III – A Teoria dos Atos de Fala de Austin e Searle.	113
Seção IV – A linguística em Roman Jakobson.	120
Seção V – Habermas e a “verdade consensuada”: requisitos impossíveis de operar na prática processual penal.	123
Seção VI – Martin Heidegger e sua filosofia de reação ao objetivismo positivista: o giro linguístico-ontológico do ser-no-mundo que aí-é e o círculo hermenêutico ôntico-ontológico do ser.	130
Seção VII – A hermenêutica ontológica de Gadamer e sua verdade “contra” o método.	139
<b>Capítulo IV – O encontro dos dois caminhos: a verdade na interseção entre a Filosofia da Linguagem e a Psicanálise e o que resta dela para o processo penal.</b>	<b>150</b>
Seção I – O encontro da Psicanálise e da linguagem em Lacan.	152
Seção II – Descobertas recentes da Neurociência e a demonstração (?) do inconsciente freudiano.	157
Seção III – Que resta de “verdade” a ser discutida no processo penal? Saindo dos juízos de certeza e probabilidade, passando pela verdade analógica e pela compreensão, e chegando na “captura psíquica do juiz” e na decidibilidade.	175
<b>Parte II – “O juiz poder complementar a produção probatória é inquisitorial”: repensando as bases discursivas da doutrina moderna.</b>	<b>195</b>
<b>Capítulo I – Sistemas.</b>	<b>200</b>
Seção I - O emprego multidisciplinar da palavra “sistema”.	201



Seção II – Usos primitivos da palavra “sistema” em Aristóteles (322 A.C.), em Justiniano (533 D.C.) e na Idade Média (até Copérnico – 1473).	204
Seção III – O pensamento sistemático e o processo de “secularização” (1473 a 1712).	207
Seção IV – A noção de sistemas em Christian Wolff (1719) e Immanuel Kant (1781).	212
Seção V – Variações classificatórias dos sistemas pós-Kant: da “Teoria Geral dos Sistemas” de Ludwig Von Bertalanffy (1920 a 1970) aos sistemas autopoiéticos de Maturana e Varela (1985) e Niklas Luhmann (1984).	219
<b>Capítulo II – A construção da dicotomia dos sistemas processuais penais com pretensões de pureza científica em acusatório <i>versus</i> inquisitório.</b>	229
Seção I – O conceito preferencial de “sistema” e sua importância para o processo penal.	231
Seção II – A “Babel” dos sistemas processuais penais: ninguém se entende.	241
Seção III - A seleção arbitrária e anacrônica dos critérios construtores do discurso de sistemas processuais no século XIX.	254
Seção IV – Referências primitivas à ideia de sistemas processuais penais.	269
Seção V – A construção dos discursos dicotômicos a partir do Século XIII: desvelando a pretensão “de pureza inquisitória”.	295
Seção VI – Segue: desvelando a pretensão “de pureza acusatória”.	341
<b>Capítulo III – A necessidade de se firmar o sistema acusatório e suas funcionalidades no processo penal brasileiro.</b>	381
Seção I – Dificuldades práticas da adoção legal expressa de um “sistema acusatório” mal delimitado no processo penal: o exemplo	387

italiano

Seção II – Os reflexos da falta de precisão dos limites do “sistema acusatório” na interpretação das regras do Projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro. **396**

Seção III – Livrando-se do “Véu de Maia” da dicotomia “pura”, mas insistindo na adoção do “sistema acusatório”. **402**

Seção IV – A intersubjetividade e a dupla funcionalidade do processo no Estado Democrático de Direito como ideia fundante do sistema acusatório para o processo penal brasileiro. **405**

Seção V – Princípios balizadores do sistema acusatório no novo processo penal brasileiro. **431**

**Parte III - Desvinculando-se da tradição hermenêutica inautêntica da “busca da verdade real” e enfrentando o problema neopositivista da discricionariedade judicial no processo penal. **444****

**Capítulo I – O mecanismo decisório do juiz “ser-no-mundo”. **447****

Seção I – Diferenciação hermenêutica entre pré-compreensão e pré-conceito e a importância das perguntas no processo de compreensão hermenêutico. **448**

Seção II – A falácia da neutralidade judicial e a influência do método silogístico aristotélico combinado com o decisionismo solipsista. **458**

Seção III – “Quadros mentais paranoicos” e falsos silogismos no processo decisório. **472**

Seção IV – O duplo sistema decisório na Psicologia Cognitiva de Daniel Kahneman. **486**

**Capítulo II – As soluções de controle do juiz na interpretação do texto legal. **492****

Seção I – A Teoria Pura do Direito de Kelsen. **493**

Seção II – A proposta de Hart e a polêmica com Dworkin.	497
Seção III – A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy.	507
Seção IV – A solução da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck.	513
 <b>Capítulo III – O aproveitamento parcial das soluções existentes para controlar o juiz também no momento da produção e valoração probatória: o paradigma da intersubjetividade nos marcos constitucionais e as tradições inautênticas.</b>	 522
Seção I – Contributos da Hermenêutica Filosófica na apreciação constitucional da prova: limites normativos pré-compreendidos, tradicionalmente admitidos e parcialmente restritivos da discricionariedade judicial.	527
Seção II – A má-recepção que gera uma “tradição inautêntica” da “livre apreciação da prova” e do “livre convencimento do juiz”.	530
Seção III – A tradição inautêntica de que “o juiz inerte é garantista” e o teste empírico desmitificador de Bernd Schünemann.	557
Seção IV – A tradição inautêntica do <i>in dubio pro reo</i> como “solução” para as dúvidas do juiz inerte.	561
Seção V – As garantias do contraditório e da ampla defesa e o “senso comum teórico-crítico dos juristas”.	587
Seção VI – Reconhecimento fática no presente e na complexidade da audiência de instrução e o processo decisório: o paradoxo de Jano e a parcial solução da Hermenêutica Filosófica.	599
 <b>Capítulo IV – Criando condições de possibilidade para ampliar a efetividade do contraditório e da ampla defesa e diminuir a discricionariedade judicial no presente da instrução probatória.</b>	 613
Seção I – Estabelecendo as condições para a ampliação da efetividade ao contraditório e à ampla defesa no momento decisório da audiência de instrução.	623

Seção II – Superando o caráter alucinatório dos “quadros mentais paranoicos” e a má-compreensão dos “quadros mentais parafásicos” e caminhando para o efeito de iluminação e transformação com os “quadros mentais metanoicos”.	<b>638</b>
Seção III – A atividade probatória do juiz como vacina imunizante do decisionismo.	<b>647</b>
Seção IV – A identidade física do juiz como complemento fundamental do efeito metanoico.	<b>651</b>
Seção V – Propostas <i>de lege ferenda</i> na reforma processual penal brasileira.	<b>658</b>
<b>Conclusões.</b>	<b>672</b>
<b>Bibliografia.</b>	<b>688</b>

## **Resumo**

Para ampliar a efetividade aos princípios do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro se deve permitir ao juiz complementar a produção probatória. O fundamento dessa possibilidade é novo, não sendo pautado nem pela ideia de busca de verdade real, como prega a doutrina tradicional, nem tampouco sendo razoável se exigir inércia absoluta do magistrado ao argumento de que qualquer iniciativa probatória seria “inquisitória”, como prega parte da doutrina moderna. Mais importante do que discutir qual “verdade” orientaria o processual penal é cuidar de como opera o processo decisório do magistrado, adotando-se mecanismos processuais que imunizem o caráter alucinatório que as evidências possam nele provocar, criando condições para mudar seus possíveis “quadros mentais paranoicos”. Desapegando-se das pretensões oitocentistas de pureza da dicotomia “inquisitório *versus* acusatório” é possível enxergar além e, preservando-se o sistema acusatório de processo penal, perceber que a efetivação das garantias do contraditório e da ampla defesa pode ser ampliada, na prática, com a possibilidade do juiz externar o que vai à sua mente no presente da audiência, antes de “de-cidir”, isto é, antes de “cortar fora” o elo comunicativo com as partes. No modelo do juiz absolutamente inerte o contraditório e ampla defesa não operam com toda sua potencialidade, pois se o juiz toma decisões mentais antecipadas de pouco adianta o esforço da parte em duelar com a outra, já que desconhece os aspectos que o juiz está considerando relevantes. Permitindo um juiz ativo na produção da prova (mas não senhor absoluto dela), ele acaba tendo que falar, se comunicar com as partes e interagir com as provas, deixando transparecer o que vai à sua mente ainda no curso da instrução probatória. Assim, as partes têm a oportunidade de perceber o modo de o juiz enxergar o caso penal e, com novas intervenções, podem provocar no julgador “quadros mentais metanoicos”, isto é, mudanças de postura em relação ao quanto ele tinha de pré-conceitos. Um juiz que possa interferir na produção probatória, desde que não seja seu principal protagonista, portanto, é salutar à efetivação das garantias de contraditório e ampla defesa, seja isso “inquisitório” ou “acusatório”, pouco importa o rótulo. Ademais, essa possibilidade de atuação secundária do juiz além de ser salutar no prisma psicológico e psicanalítico, também se justifica à luz da Hermenêutica Filosófica que premia as perguntas como condição de possibilidade da compreensão. Enfim, somente com alguma efetiva participação judicial se mudará o paradigma da filosofia da consciência para aquele da linguagem, eliminando a má-recepção jurisprudencial do “livre convencimento” judicial. Por conta do quanto aduzido, sustenta-se, também, que a redação encontrada no artigo 4º do Projeto de novo Código de Processo Penal, hoje em trâmite no Congresso Nacional Brasileiro, que faz expressa referência ao denominado “sistema acusatório” e o apresenta como paradigma de interpretação das demais regras, merece ser mantida, porém deve ser acrescida das fontes e dos limites funcionais do sistema, sob pena de provocar novas dificuldades e distorções de interpretação. O processo penal terá, então, estrutura acusatória, sendo orientado pelo princípio dispositivo relacionado à gestão das provas pelas partes e integrado pelos princípios complementares de proibição de excesso e de proibição de proteção insuficiente que fundam o Estado Democrático de Direito. Na compreensão do sistema acusatório a gestão da prova é otimizada se integrada pela função de proibição de excesso que visa melhor controlar o juiz, diminuindo a possibilidade deste agir de forma decisionista e arbitrária. E a gestão da prova também é otimizada se integrada pela permissão de que a proteção suficiente de bens pelo Estado-Ministério Público se efetive.

**Palavras-chave:** juiz; prova; processo penal; sistemas; acusatório; inquisitório; proibição de excesso; proibição de proteção insuficiente; quadros mentais paranoicos; quadros mentais metanoicos; verdade real; contraditório; ampla defesa; livre apreciação da prova; livre convencimento do juiz.

## **Abstract**

*To increase the efficacy of the principles of contradiction and legal defense in the new Brazilian criminal proceedings, should be allowed to judge the probative complement production. The basis of this possibility is new, not being ruled by the idea of searching for real truth, preaches how the traditional doctrine, nor is it reasonable to require absolute inertia of the magistrate to the argument that any probative initiative would be "inquisitorial" as fold part of the modern doctrine. More important than discussing what "truth" would direct the criminal procedure is to take care of the decision making process operates as the magistrate, adopting procedural mechanisms that immunize the hallucinatory character that the evidence may cause and creating conditions for their change possible "paranoid mindsets". Detaching from the nineteenth century's purity of intention about the "inquisitorial versus adversarial" dichotomy, it is possible to see beyond, and preserving the adversarial system of criminal proceedings, realize that the effectuation of contradictory and full defense can be extended in practice, with the possibility judge express what comes to his mind in this audience, before he "de-cide", i.e. before he "cut off" the communication link with the parties. In the inert judge model, contradictory and full defense does not operate with all its potential, because if the judge makes anticipated mental decisions, no good effort will help on the part duel with another, as if they unknown the aspects that the judge is considering relevant. Allowing an active judge on production of proof (but not absolute master of it), he ends up having to talk, to communicate with the parties and interact with the evidence, making clear what goes into his mind still in the course of the evidentiary instruction. Thus, the parties have the opportunity to understand how the judge sees the criminal case, and, with new interventions, they may cause judge's "metanoics mindsets", i.e., changes of posture in relation to how much he had to preconceptions. A judge that could interfere with the evidentiary production, since that is not its main protagonist, therefore, is salutary to the effectuation of guarantees contradictory and full defense, no matter the label "inquisitorial" or "adversarial". Furthermore, the possibility of a secondary role of the judge as well as being healthy in a psychological and psychoanalytic perspective, is also justified in the light of Philosophical Hermeneutics that rewards the questions as a condition of possibility of understanding. Anyway, only with some effective judicial participation it will provoke a change of the paradigm of the philosophy of consciousness to that of language, eliminating the bad jurisprudential reception of judicial "free conviction". Because of the adducted as, it is argued, also, that the language found in Article 4 of the draft new Code of Criminal Procedure, now pending in the Brazilian National Congress, which makes express reference to the so-called "adversarial system" and presents him as paradigm of interpretation of other rules, does not deserve to be kept as cause new distortions and difficulties of interpretation. The criminal process will then have accusatory structure, being guided by the principle device related to the management of evidence by the parties and integrated with complementary principles of prohibition of excess and insufficient protection which found the democratic rule of law. In understanding the adversarial system the management of evidence is optimized if integrated by excess ban function that aims to better control the judge, decreasing the possibility of him act decisionistic and arbitrarily. And the management of proof is also optimized if integrated by permission that sufficient protection of property by Public Ministry State becomes effective.*

**Keywords:** judge; proof; criminal proceedings; system; adversarial; inquisitorial; prohibition of excess; prohibition of insufficient protection; mindsets paranoid; mindsets metanoic; real truth; contradictory; full defense; free evaluation of evidence; free conviction of the judge.

## **Riassunto**

*Per aumentare l'efficacia dei principi di contraddittorio e di ampia difesa nella nuova procedura penale brasiliana deve essere permesso al giudice la complementare produzione probatoria. Il fondamento di questa possibilità è nuovo, e non viene governato dall'idea di ricerca di verità, come predica la dottrina tradizionale, né è ragionevole richiedere l'inerzia assoluta del magistrato alla tesi che qualsiasi iniziativa probatorio sarebbe "inquisitoria", come piega parte della dottrina moderna. Più importante che discutere quale "verità" dovrebbe orientare il procedimento penale è quello di prendersi cura di come opera il processo decisionale del magistrato, cercandosi di adottare meccanismi procedurali che immunizzino il carattere allucinatorio che la prova possa provocare e creare le condizioni per il loro cambiamento dei possibili "quadri mentali paranoici". Distaccandosi delle ottocentesche intenzioni di purezza della dicotomia "inquisitorio versus accusatorio" è possibile vedere al di là, e preservandone il sistema accusatorio, rendersi conto che l'effettività delle garanzie di ampia difesa e contraddittorio può essere più ampia, con la possibilità del giudice esprimere ciò che gli viene in mente nel presente dell'udienza, prima di "de-cidere", cioè prima di "tagliare" il collegamento di comunicazione con le parti. Nel modello di giudice inerte la ampia difesa ed il contraddittorio non operano con tutta la sua potenzialità, per cui si il giudice prende le decisioni mentali in anticipo, non ci va lo sforzo della parte nel duello con un altro, sconosciuti gli aspetti pertinenti che il giudice stia prendendo in considerazione. Permettere un giudice attivo in ricerca della prova (ma non padrone assoluto di essa), fa che lui deva parlare, deva comunicarsi con le parti e interagire con gli elementi di prova, rendendo chiaro ciò che accade nella sua mente ancora nel corso dell'istruzione probatoria. Così, le parti hanno la possibilità di capire come il giudice vede il caso penale, e, con nuovi interventi, possono provocare nel giudice "quadri mentali metanoici", cioè, cambiamenti di postura in relazione a quanto ha dovuto preconcepire. Un giudice che possa interferire nella produzione probatoria, dal momento che non è la sua protagonista principale, quindi, è quello salutare all'effettuare le garanzie di difesa piena e del contraddittorio, sia questo "inquisitorio" o "accusatorio", non importa l'etichetta. Inoltre, la possibilità di ruolo secondario del giudice, oltre ad essere salutare sul punto di vista psicologico e psicoanalitico, si giustifica anche alla luce di ermeneutica filosofica che premia le domande come una condizione di possibilità di comprensione. In ogni caso, solo con qualche partecipazione giurisdizionale effettiva si cambierà il paradigma della filosofia della coscienza a quella del linguaggio, eliminando l'accoglienza giurisprudenziale sbagliata del "libero convincimento" giudiziario. A causa del quanto addotto, si sostiene, inoltre, che la redazione dell'art 4 del progetto di nuovo codice di procedura penale, ora in attesa del Congresso nazionale brasiliano, che fa esplicito riferimento al cosiddetto "sistema accusatorio" e lo presenta come paradigma di interpretazione di altre norme, merita di essere mantenuto, ma dovrebbe essere aggiunto le fonti ed i limiti funzionali del sistema, altrimenti sarà come causa di nuove distorsioni e difficoltà di interpretazione. Il processo penale avrà quindi la struttura accusatoria, sendo guidata dal principio dispositivo relativo alla gestione delle prove dalle parti e integrato con principi complementari di divieto di eccesso e divieto protezione insufficiente i quali sono fondanti dello stato di diritto democratico. Nella comprensione del sistema accusatorio la gestione della prova è ottimizzata caso sia integrata dalla funzione di divieto di eccesso che mira a controllare meglio il giudice, diminuendo la possibilità degli aggiri decisionistica e arbitrariamente. E la gestione della prova è anche ottimizzata caso sia integrata con il permesso che la sufficiente protezione di beni dal Pubblico Ministero divente effettivo.*

**Parole chiave:** giudice; prova; processo penale; sistema; accusatorio; inquisitorio; divieto di eccesso; divieto di protezione insufficiente; mentalità paranoica; mentalità metanoica; verità; contraddittorio; piena difesa; libera valutazione delle prove; libero convincimento del giudice.

## Introdução.

*A maior riqueza do homem  
é a sua incompletude.  
Nesse ponto sou abastado.  
Palavras que me aceitam como sou - eu não aceito.*

*Não aguento ser apenas um sujeito que abre portas,  
que puxa válvulas, que olha o relógio,  
que compra pão às 6 horas da tarde,  
que vai lá fora, que aponta lápis,  
que vê a uva etc. etc.*

*Perdoai  
Mas eu preciso ser Outros.  
Eu penso renovar o homem usando borboletas.  
(MANOEL DE BARROS)<sup>1</sup>*

O Projeto de Lei nº 156/2009<sup>2</sup> proposto pelo Senado Federal brasileiro adota uma premissa de orientação para o futuro Código de Processo Penal brasileiro, estampada na redação sugerida ao novel art. 4º:

*Art. 4. O processo penal **terá estrutura acusatória**, nos limites definidos neste Código, **vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação**. (grifos nossos)*

Mas o que seria essa pretendida “estrutura acusatória” de que fala o artigo acima transcrito? E qual seria o sentido de estabelecer uma vedação de iniciativa probatória do juiz em “substituição da atuação probatória do órgão de acusação”? Seria a inércia judicial no plano probatório uma efetiva viragem do processo penal do paradigma filosófico da consciência para o paradigma da linguagem e da

<sup>1</sup> BARROS, Manoel de. **Poesia Completa**. São Paulo: Leya, 2011, p. 373.

<sup>2</sup> BRASIL. **Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009**. Com as alterações encampadas na Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal do Senado, com redação final apresentada em 07 de dezembro de 2010, pelo Parecer nº 1636/2010. O Projeto, no início de 2011, foi encaminhado à discussão na Câmara dos Deputados, onde tramita sob nº 8045/2010.



intersubjetividade? Seria essa premissa suficiente para controlar o juiz e evitar decisionismos e arbitrariedades na valoração da prova e no processo decisório? Essas e outras questões são objeto de preocupação da tese que se pretende desenvolver, centrada em compreender como deve ser o papel do juiz no campo da produção probatória testemunhal do processo penal, particularmente da possibilidade de sua participação ativa na audiência de instrução e julgamento. Para tanto, pretende-se promover o revolvimento do chão linguístico em relação a algumas certezas irrefletidamente encampadas por um senso comum teórico que se verifica no direito processual penal, inclusive perante alguns autores mais modernos. Um destes temas se centraliza na forma de compreender a dicotomia sistêmica, reafirmada mais uma vez no projeto de novo Código de Processo Penal brasileiro.

Com efeito, ao que se infere da Exposição de Motivos<sup>3</sup> elaborada por Eugênio Pacelli de Oliveira, Relator da Comissão de Notáveis<sup>4</sup> instituída pelo Senado Federal brasileiro para elaborar o Anteprojeto do novo Código, a pretensão do projeto é adotar o chamado “sistema acusatório” de processo penal, permitindo atividade probatória do juiz “em favor” do acusado. É também essa a ideia que se extrai das discussões já

---

<sup>3</sup> BRASIL. Senado Federal. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Coordenador: Ministro Hamilton Carvalhido. Relator: Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira, 2009, p. 14: *Na linha, então, das determinações constitucionais pertinentes, o anteprojeto deixa antever, já à saída, as suas opções estruturais, declinadas como seus princípios fundamentais. A relevância da abertura do texto pela enumeração dos princípios fundamentais do Código não pode ser subestimada. Não só por questões associadas à ideia de sistematização do processo penal, mas, sobretudo, pela especificação dos balizamentos teóricos escolhidos, inteiramente incorporados nas tematizações levadas a cabo na Constituição da República de 1988. Com efeito, a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos, e, mais que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional. (...)* E mais adiante, também refere, p. 17: *Em um sistema acusatório público, a titularidade da ação penal é atribuída a um órgão...* (grifos nossos). No mesmo sentido COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto – ed anche il Giudice*. In: **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado**. LIMA, Joel Corrêa; CASARA, Rubens R. R. (Coordenadores), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2ª ed., 2ª tiragem, 2012, pp. 419-493, p. 492, *verbis*: *Foi o que se tentou fazer no Anteprojeto de reforma global de CPP realizado por Comissão Externa de Juristas criada no âmbito do Senado Federal e ora em curso no Projeto nº 156/2009 – PLS. No segundo caso (mudança para o sistema acusatório), como o mais importante dos precitados caminhos – e de todos os demais –, a questão diz com o princípio ontológico (fundante) do processo penal, ou seja, o princípio dispositivo. Centrado na gestão da prova, o processo penal será acusatório se ela não couber (sua busca), nunca, ao juiz. Neste aspecto, decidiu a referida Comissão, por maioria, por uma fórmula tanto mitigada quanto perigosa, certamente apostando na democracia processual: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (art. 4º).*

<sup>4</sup> Além de Eugênio Pacelli de Oliveira, também integraram a referida Comissão: Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Junior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

travadas na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, por ocasião da discussão do Projeto naquela Casa de Leis<sup>5</sup>.

Ainda que a expressa referência no texto legal à adoção desse sistema processual penal como paradigma estruturante do processo penal brasileiro possa vir a gerar diversas controvérsias interpretativas e, ao contrário do pretendido – que seria “avançar para um modelo conforme a Constituição” –, produzir efeito inverso, porquanto há ampla disparidade conceitual quanto ao que se compreenda por “sistema acusatório”, é possível se manter a referência explicitando melhor qual compreensão ela pretende expressar.

De resto, igualmente se procura sustentar que a pretensão implícita desta reforma, no sentido de abandonar a Filosofia da Consciência como norte de compreensão do processo penal e efetivar nele uma base paradigmática orientada pela linguagem e pela intersubjetividade, precisa ser melhor delimitada para alcançar esse objetivo, como será explorado ao longo da tese.

O problema se inicia com a demonstração de que há uma dificuldade conceitual e prática na referência a um “sistema” processual penal acusatório, para o que se trabalha com o parâmetro exemplificativo dos contratempos exegéticos que a Itália, ou mesmo a Corte Européia de Direitos Humanos<sup>6</sup>, ou, ainda, o Tribunal Penal Internacional<sup>7</sup>, vêm enfrentando.

A tese pretende confirmar que o problema também decorre da falta de definição e uniformidade de sentido que se tem do que seja o referido “sistema”. Nessa questão, aliás, se identifica que a hesitação doutrinária é tão grande que se revela já na evidente

---

<sup>5</sup> BRASIL. Senado Federal. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça**. 09 de dezembro de 2009. Disponível em [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=90645](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645), acesso em 22 de julho de 2013.

<sup>6</sup> JACKSON, John D. *The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment?* In **The Modern Law Review Limited**, Oxford, UK, Blackwell Publishing, 2005, pp. 737-764.

<sup>7</sup> CAIANIELLO, Michele. *First Decisions on the Admission of Evidence at ICC Trials: A Blending of Accusatorial and Inquisitorial Models?* In: **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 9, issue 2, 2011, pp. 385-410, disponível em <http://jicj.oxfordjournals.org/content/9/2/385>, acesso em 24.04.2012. Em sentido similar: MCCARTHY, Conor. *Victim Redress and International Criminal Justice*. In: **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 10, issue 2, 2011, pp. 351-372, disponível em <http://jicj.oxfordjournals.org/content>, acesso em 14/03/2013.

difficuldade conceitual de delimitar o que se entenda por “sistema”<sup>8</sup>. A problemática se alarga quando se constata que a doutrina se não se entende quanto a quais seriam os princípios unificadores dos sistemas chamados de “acusatório” e “inquisitório”. Não há consenso algum nessa temática e dependendo da corrente a ser seguida a conclusão pode ser uma ou outra no que concerne a se observar ou não o chamado “sistema acusatório”.

Outro aspecto que chama atenção está relacionado com a segunda parte do texto do art. 4º do Projeto do novo Código, na qual se prevê a “vedação da iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, ou seja, impossibilita-se o juiz de desenvolver atividade probatória no processo penal, salvo se o fizer em favor do acusado. Essa questão – hoje debatida tanto na doutrina nacional quanto estrangeira – também não é objeto de consenso.

Alguns doutrinadores – de visão mais tradicional (tanto brasileiros<sup>9</sup>, quanto estrangeiros<sup>10</sup>) – consideram não haver nada de errado no fato de o juiz ser o gestor da

---

<sup>8</sup> Jacinto Nelson de Miranda Coutinho já alertava para esse problema em COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais. In: **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. WUNDERLICH, Alexandre (Organizador), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, pp. 139-147, p. 140, *verbis*: *Assim, princípio, sistema, conteúdo do processo (qualquer um mais perquiridor sabe não existir lide no processo penal), são conceitos/matérias que não encontram a necessária paz suficiente na teoria do direito processual penal, antes de tudo por falta de fundamentos extradogmáticos, a começar pelo mau vazo de se querer impor uma teoria geral do direito processual que, para nós – há de se insistir –, nada mais é que a teoria geral do direito processual civil aplicada, desmesuradamente, aos outros ramos e com maior vigor ao direito processual penal e ao direito processual do trabalho*. E também em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Projeto de Justiça Criminal no Novo Governo Brasileiro. In: **Processo Penal: Leituras Constitucionais**. BONATO, Gilson (Organizador). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, pp. 123-145, p. 134 e 135, *verbis*: *O entrave às reformas, por outro lado, vai além: e diz respeito a um problema crônico vivido pelo Direito Processual Penal brasileiro: a falta de sincronia terminológica quanto aos conceitos fundamentais, supondo-se que deles há um domínio. Tal suposição, sem embargo, tem-se mostrado falsa. Afinal, há falta de sincronia quanto aos conceitos mas, mais grave, quanto aos referenciais semânticos isso também acontece em grande escala. E aí começa um dos maiores suplícios da via-sacra do Direito Processual Penal. (...) O problema é que quando não há uma mínima paz doutrinária, é do lugar do poder que acabam vindo, em ultima ratio, as normas, como expressão das regras contidas na lei. A jurisdição, da sua parte, faz o seu papel e, naturalmente, em face do vazio criado acaba por construir um saber fragmentado e, não raro, em descompasso com a Justiça*.

<sup>9</sup> Por exemplo: FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal. Volume II**. 2ª edição, revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari, Campinas: Millenium, 2000, pp. 338 e ss.; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol. 1, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36 e ss.; MIRABETE, Julio Fabbrini. Ob. cit., p. 47; NORONHA, Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**, 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 118 e ss.; MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**, vol. 1, Bauru: Edipro, 2000, p. 74; ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 26; CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 22; BARROS, Francisco Dirceu. **Direito**

prova, haja vista que o poder de decidir está em suas mãos e ele deve se pautar pela decisão que “espelhe a verdade dos fatos”. Assim, para esse grupo de doutrinadores, seria razoável admitir que o juiz possa sanar suas dúvidas antes de decidir. Sucede que estes autores não levam em conta – e em sua grande maioria sequer discutem – o fato de o juiz ser-no-mundo e de sua natural ausência de neutralidade<sup>11</sup>, procurando legitimar esse comportamento ativo do magistrado na ultrapassada e falaciosa ideia de que o processo penal seria orientado pela busca de uma “verdade material”. Alguns chegam a ironizar quem defende tese em sentido contrário, dizendo que o juiz não pode ser uma “samambaia de sala de audiência”<sup>12</sup> ou ainda que o juiz não pode ser um “convidado de pedra”<sup>13</sup> do processo.

---

**Processual Penal, vol I**, Rio de Janeiro: Campos/Elsevier, 2005, p. 05; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 5ª ed., São Paulo: RT, 2008, p. 104; ISHIDA, Valter Kenji. **Processo Penal**, São Paulo: Atlas, 2009, p. 34; DEMERCIAN, Pedro Henrique e MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 02; BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47; CARVALHO, Djalma Eutímio de. **Curso de Processo Penal**, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263; BATISTI, Leonir. **Curso de Direito Processual Penal**, vol. 1, Curitiba: Juruá, 2006, p. 38; MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Manual do Processo Penal**, Rio de Janeiro: AIDE, 1987, pp. 181 e ss.; MOSSIN, Heráclito Antonio. **Curso de Processo Penal**, vol. 1, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, pp. 64 e ss.; AQUINO, José Carlos G. Xavier de.; NALINI, José Renato. **Manual de Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 59;

<sup>10</sup> Por exemplo: BETTIOL, Giuseppe. **Istituzioni di diritto e procedura penale**, Padova: CEDAN, 1966, pp. 200 e ss.; FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas penales**. Vol. 1. Bogotá: Temis, 1990, p. 41; PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di Procedura Penale**, 3ª ed., Padova: CEDAN, 1982, pp. 206 e ss.; LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, Tomo I, tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJEJA, 1989, pp. 187 e ss.; BELING, Ernst, **Derecho Procesal Penal**, Buenos Aires: DIN Editora, 2000, p. 25; SCHÜNEMANN, Bernd. **Obras**. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 412 e ss.; GÖSSEL, Karl Heinz. **El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho**, Tomo I, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, pp. 22 e ss.; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**, Primeiro Volume, Coimbra: Coimbra, 1974, pp. 187 e ss.; MOREIRA DOS SANTOS, Gil. **O Direito Processual Penal**, Porto: Asa Edições, 2002, pp. 60 e ss..

<sup>11</sup> Mais à frente, na Terceira Parte, se aprofundará essa questão. Por ora, vale referir, por todos: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal In: **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 03-55, p. 15, *verbis*: Desde logo, no entanto, é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de consequência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história. Mas se isto é tão evidente, pela própria condição humana, parece lógico que a desconexão entre o *dever ser* e o *ser* só é possível e aceita em função de *fatores externos* (manutenção do status quo) e *internos* (manutenção, ainda que vã, do equilíbrio), em uma retroalimentação do sistema processual penal em vigor.

<sup>12</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Palestra Proferida no Curso de Atualização dos Magistrados no Tribunal de Justiça do Paraná. In: BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná. Órgão Especial. Agravo Regimental Crime nº 413084-9/01**. Relator Desembargador Leonardo Lustosa. Julgado em 16 de outubro de 2009, disponível em <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>, acesso em 26 de maio de 2015, de onde se extrai a seguinte passagem: *Esse conceituado autor - em palestra proferida num curso de atualização de magistrado aqui no Paraná - chegou a asseverar que, caso contrário, só restaria ao juiz assistir à audiência, indeferindo uma pergunta aqui e outra acolá, podendo, ao final, apenas*

Outro grupo de doutrinadores – particularmente aqueles que têm uma visão mais moderna e transdisciplinar<sup>14</sup> da complexidade do processo penal<sup>15</sup> – entende que o magistrado não deve ter qualquer ingerência na gestão da prova. Considera que o juiz, a exemplo de qualquer ser humano, não é neutro e, assim, ao se imiscuir de forma ativa na produção da prova, pode (até inconscientemente) agir em busca da validação de pré-conceitos e pré-juízos de valor que possa ter a respeito do réu ou do fato. Desta forma, estes autores sustentam que apenas as partes devem participar diretamente da iniciativa de produção da prova, reservando ao juiz um papel de absoluta inércia. Alguns destes mesmos autores ainda esclarecem que, mesmo no curso da produção da prova introduzida pelas partes, se o juiz ficar em dúvida ele deve permanecer inerte e a “solução”, assim, se daria pela absolvição em homenagem ao *in dubio pro reo* que

---

*complementar a inquirição, concluindo, então, que os defensores dessa tese querem transformar os juízes em "samambaia de sala de audiências."*

<sup>13</sup> Conforme referido por MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência. In: **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, v. 01, nº 01, Porto Alegre: Síntese, abril/maio de 2000, pp. 05-11, p. 5. Citando a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira ao comentar o parágrafo único do art. 212 do Código de Processo Penal: MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008, p. 196.

<sup>14</sup> Como refere Jacinto Coutinho: *Aquilo que até então aparecia, com as devidas exceções, como uma tímida "multidisciplinaridade" (um intercâmbio entre duas ou mais disciplinas) passou a conviver com a "interdisciplinaridade" (uma disciplina na outra para, desde o seu lugar, alterar o discurso) para, hoje, ter-se um bom legado da "transdisciplinaridade", ou seja, o discurso de uma disciplina sendo feito, na medida do possível, no lugar daquele de outra, com infinitas implicações. Tal só foi possível porque o Direito, em definitivo, abriu-se, para sair de seu pequeno mundo, o "mundo jurídico", que moldava os seus membros conforme as ordens preestabelecidas. (...) Assim, a Filosofia, a Sociologia, a Psicanálise (entre outros) e, hoje, principalmente, a Economia, são campos que exigem do jurista um conhecimento, pelo menos, mínimo.* (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática Crítica e Limites Linguísticos da Lei. In: **Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 225-232, p. 227).

<sup>15</sup> V.g. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer e outros, São Paulo: RT, 2002, p. 488; LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013; RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 510; ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013, p. 55; THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais. Tempo, Tecnologia, Dromologia e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 126; BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e 11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 06; KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013; PLETSCHE, Natalie Ribeiro. **Formação da Prova no Jogo Processual Penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença**. São Paulo: IBCCRIM, 2007, pp. 65 e ss.. Vale também conferir, nessa mesma linha, os diversos artigos publicados em: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal)**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

decorre da presunção de inocência<sup>16</sup>. Outros já admitem que o juiz possa ao menos complementar a inquirição das testemunhas nos moldes hoje permitidos pelo art. 212 do Código de Processo Penal<sup>17</sup>. No fundo a ideia que se prega seria um redirecionamento do processo penal para o paradigma filosófico da linguagem e da intersubjetividade, ainda que muitos autores dessa corrente sequer tangenciem essa discussão. De resto, alguns outros poucos doutrinadores<sup>18</sup>, também de leitura mais moderna, ainda admitem atividade probatória do Juiz “apenas” em favor do réu (entendimento, aliás, que restou incorporado ao texto do art. 4º, do Projeto de Novo Código de Processo Penal Brasileiro, em trâmite no Congresso Nacional<sup>19</sup>). O problema é que ao defenderem essa linha de atuação desconsideram o resultado que

<sup>16</sup> V.g. KHALED JR., Salah. **A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial**. Ob. cit., p. 151; BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e 11.719/08**. Ob. cit., pp. 50-51; TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. **O Novo Sistema de Provas no Processo Penal. Comentários à Lei 11.690/08**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 65.

<sup>17</sup> V.g. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório e Outras Questões Sobre a Reforma Global do CPP. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho (Organizadores) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. Volume 2**. Ob. cit., pp. 20-21; LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Ob. cit., p. 657.

<sup>18</sup> A exemplo de PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 137. e OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

<sup>19</sup> Neste ponto Jacinto Nelson de Miranda Coutinho esclarece como se deram as discussões na Comissão de Reforma do novo Código de Processo Penal brasileiro: *Restaria dizer sobre a situação do juiz, no processo, diante da dúvida: quando produzida a prova (sempre por iniciativa das partes) e permanecer uma indefinição (razoável) sobre ponto capital do caso penal, optou a Comissão (contra minha posição e a do ilustre presidente, ministro Hamilton Carvalhido) que o juiz poderia ter a iniciativa probatória se fosse em favor do réu. A posição é de duvidosa constitucionalidade (e lotada de boas intenções), à evidência porque se não pode dizer por completo e ex ante se a iniciativa é mesmo para sanar dúvida em favor do réu e, assim, faz-se uma exortação à ética dos magistrados, dificultando-lhes a vida dado se estar diante de questão que pode demandar gasto desnecessário de energia psíquica e sofrimento. Não parece de bom alvitre a proposta se se precisa de um juiz bem resolvido e o mais equilibrado possível. Em processo penal se terminada a instrução e restar dúvida (razoável), o réu deve ser absolvido. É o princípio do in dubio pro reo. Não foi assim que entendeu a comissão e a quem não concordou coube se conformar. Isto mostra, porém, quão democráticos têm sido os trabalhos nela desenvolvidos; e quão importante será a opinião de todos que venham em paz e possam e queiram ajudar. Uma lei de tal porte é para todos e o mínimo a se ter é humildade para reconhecer que se não é dono da verdade, cabendo construir um código onde se erre o menos possível. Este é o espírito que preside a comissão e não só se recolhem sugestões desde o início de seu funcionamento, através do site do Senado Federal como, concluídos provisoriamente os trabalhos, passar-se-á a fazer audiências públicas, abrindo-se os debates..*(COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Mudar a Mentalidade. In: **Jornal Gazeta do Povo**. Curitiba, 30 de março de 2009, disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaol/artigos/mudar-a-mentalidade-bi5nm9xpxmj3j11solok1jbri>, acesso em 16 de maio de 2015.

possa advir dessa atuação pretensamente unilateral do magistrado, ou seja, de que a prova produzida possa ser contra o acusado e não a favor dele<sup>20</sup>.

No âmbito desta tese, entende-se que todas estas posições, da forma como estão colocadas e fundamentadas, precisam ser melhor compreendidas a partir do enfrentamento da complexidade que move o processo penal e a natureza humana do juiz frente à prova e ao mecanismo decisório que lhe ocorre e não representam efetiva mudança de paradigma filosófico.

Trilha-se, então, o caminho de indicar outras soluções de compreensão para essa problemática relacionada ao papel do juiz no novo processo penal brasileiro, seja à luz da Hermenêutica Filosofia (que parte de Heidegger e se consolida em Gadamer), seja no plano da Psicanálise (de Freud e Lacan) e da Psicologia Cognitiva (de Daniel Kahnemann), sem descurar que a questão também está umbilicalmente vinculada com a necessidade de dar-se maior efetividade tanto às garantias do contraditório e da ampla defesa quanto à Filosofia da Linguagem no processo. Nesta mesma linha, também se visa diminuir o problema que a má-recepção do princípio do livre convencimento por parte de uma significativa parcela da jurisprudência brasileira judicial vem ocasionando, pois é errônea a leitura que vários juízes e tribunais fazem deste princípio, notadamente quando o consideram como se equivalesse a uma espécie de autorização à discricionariedade na valoração probatória, dizendo não ser necessário valorar todas as provas, justificar todas as opções de preferência probatória ou mesmo analisar todas as teses das partes.

Para tanto, é preciso demonstrar os equívocos de interpretação que hoje tem norteado a discussão da possibilidade do juiz participar da produção probatória no processo penal em modo complementar, seja no contexto da visão tradicional (que é

---

<sup>20</sup> Como aponta COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, pp. 01-17, p. 15, *verbis*: *Dúvida maior, porém, veio com a intervenção dele quanto à produção da prova de defesa. Parte da Comissão entendeu que isso não se deveria passar, dentre outros motivos pelo fato de que, ao final, se houver dúvida, deve o réu ser absolvido, em face do in dubio pro reo. Ademais, à intervenção probatória do magistrado não se tem, pela lei, qualquer mecanismo de garantia que não atuará ele contra o réu; e sim a seu favor.*

favorável com base na ideia de busca da verdade real<sup>21</sup>), seja no ângulo de análise de parte da visão moderna (que é contrária por considerá-la “inquisitória” em razão da ideia que o juiz não é neutro e elabora “quadros mentais paranoicos” a partir dos quais poderia dar prevalência às suas hipóteses mentais em detrimento do próprio fato).

Assim, na Primeira Parte da tese se procura delimitar a discussão de qual “verdade” é possível atingir-se no processo penal. Transita-se, então, ao longo do angustiante trajeto que há dois mil e quinhentos anos move a humanidade no intuito de compreender o mundo, desde a verdade na leitura dos gregos antigos com ênfase à verdade como correspondência e ao método analítico-silogístico aristotélico, passando pelo giro antropológico que conduz à filosofia da consciência cartesiana até o advento do duplo giro linguístico do século XX, primeiro com Hamman, Herder, Humboldt, Saussure e Peirce e, depois, com Wittgenstein, Heidegger e Gadamer (sem olvidar das colaborações de Jakobson, Austin, Searle e Habermas). Nessa trajetória também se destaca, em paralelo, a construção psicanalítica do inconsciente em Freud e Lacan, promovendo-se a análise de sua interseção com a Filosofia da Linguagem, para estabelecer, a partir da aproximação das duas compreensões da complexidade, a forma como isso tudo repercute no papel do juiz perante o caso penal, servindo de base para o quanto se explorará na Terceira Parte.

Na Segunda Parte da tese, levando em conta o quanto o discurso dicotômico dos sistemas processuais penais em acusatório *versus* inquisitório com pretensões de “pureza” científica nos moldes estruturados pela doutrina oitocentista é equivocado, mas não descurando o papel relevante que esta dicotomia sistemática, notadamente após a Constituição de 1988, já representou de avanços para consolidação de interpretações e novas regras de processo penal de viés garantista do cidadão acusado frente ao poder estatal (e sem descurar do quanto ainda falta avançar), permite-se caminhar para a consolidação do sistema acusatório fundado na melhor compreensão a respeito da importância da gestão das provas pelas partes. Com efeito,

---

<sup>21</sup> Nessa linha de raciocínio, vale citar, por todos, o quanto anota NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. cit., p. 98, *verbis*: *...falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.*



se a gestão das provas pelas partes tem um porquê, este está relacionado às duas balizas funcionais do Estado: proibição de excesso e de proibição de proteção insuficiente. Em outras palavras: proibir excessos por parte do Estado-juiz na proteção das garantias do acusado e permitir a que a proteção suficiente de bens pelo Estado-Ministério Público se efetive.

Assim, permite-se ampliar o quadro cognitivo da complexidade do processo decisório na Terceira Parte, avançando, tanto à luz da Hermenêutica Filosófica, quanto da natureza humana nos moldes revelados pela Psicologia Cognitiva e pela Psicanálise, para, promovendo-se uma interseção dos pontos relevantes entre eles, considerar que os princípios do contraditório e da ampla defesa expandem sua importância garantidora no contexto da instrução probatória se o juiz tiver a possibilidade de participar ativamente, porém de forma complementar, no momento da produção da prova trazida pelas partes.

Do contrário, como alerta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, fica-se no “ponto (de todo absurdo, diga-se desde logo), de que “simplesmente porque estava previsto na Constituição (eis a mera objetificação), ter-se a plenitude dos direitos e a efetivação completa das garantias”<sup>22</sup>.

Portanto, para compatibilizar a questão da ausência de neutralidade judicial com a busca de uma “melhor verdade”, ou seja, de uma “verdade” menos manipulada e orientada por sentimentos pessoais, visando alcançar algo próximo de uma “resposta correta”<sup>23</sup> – ou adequada<sup>24</sup> – também na interpretação da prova – sem descurar da questão psicanalítica que envolve o processo decisório – busca-se demonstrar como é importante autorizar ao juiz a possibilidade de interferir na produção probatória, ainda que isso se recomende apenas de forma complementar (para evitar transformá-lo em protagonista da prova, o que não é psicanaliticamente conveniente).

Assim, desapegada da ideia de “busca da verdade real” e repensados os parâmetros de compreensão do sistema acusatório fundado na gestão da prova pelas

---

<sup>22</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Inquisitório e o Processo em “O Mercador de Veneza”. In: **Direito e Psicanálise: Interseções a partir de “O Mercador de Veneza” de William Shakespeare**. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Organizador), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, pp. 155 e ss..

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 127 e ss..

<sup>24</sup> Como prefere Lenio Streck nos moldes de sua obra Verdade e Consenso.

partes, calcado em base paradigmática orientada pela linguagem e pela intersubjetividade e pelos princípios funcionais de proibição de excesso e de proibição de proteção insuficiente, somados ao monopólio da jurisdição penal e às garantias do contraditório e da ampla defesa, procurando evitar o solipsismo que se consolida pela má-compreensão do princípio do “livre convencimento”, que acaba sendo visto por ampla parcela da magistratura como “liberdade para ser discricionário”, focada na busca da ampliação da efetividade das referidas garantias e da “melhor verdade” que seja alcançada pela diminuição da complexidade do processo decisório e que seja orientada pela “interpretação correta” das provas, a opção mais adequada passa pela imunizante possibilidade do juiz interferir na produção da prova, ainda que de forma complementar. É isso que se espera do novo processo penal brasileiro e que se passa a desenvolver.

**Parte I – O juiz e a “busca da verdade real”: premissa equivocada da doutrina tradicional.**

*A porta da verdade estava aberta,  
mas só deixava passar  
meia pessoa de cada vez.*

*Assim não era possível atingir toda a verdade,  
porque a meia pessoa que entrava  
só trazia o perfil de meia verdade.  
E sua segunda metade  
voltava igualmente com meio perfil.  
E os meios perfis não coincidiam.*

*Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.  
Chegaram ao lugar luminoso  
onde a verdade esplendia seus fogos.  
Era dividida em metades  
diferentes uma da outra.*

*Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.  
Nenhuma das duas era totalmente bela.  
E carecia optar. Cada um optou conforme  
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.  
(CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE)<sup>25</sup>*

Parcela significativa dos doutrinadores de processo penal não costuma estudar a complexidade do processo sob ângulos transdisciplinares, por vezes realizando repetições de discursos formulados em grande parte no contexto jurídico-positivista do século XIX e tidos como “consagrados” ao longo dos tempos, sem muita reflexão do que eles possam representar.

Não consideram, por exemplo, o abandono da teoria geral unitária de (e por) Carnelutti<sup>26</sup> e não levam em conta o quando a Filosofia, a Sociologia, a Psicanálise, a

---

<sup>25</sup> ANDRADE, Carlos Drummond de. **Poesia Completa: conforme as disposições do autor. Volume 01.** Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002, p. 1240.

Psicologia Cognitiva e a História têm a contribuir para reflexões mais profundas que permitiriam rever muitos dos próprios conceitos.

Como dizia Luiz Alberto Warat<sup>27</sup> estes autores podem ser considerados repetidores de um “senso comum teórico dos juristas” e, para a compreensão do quanto aqui será debatido, serão rotulados de autores “mais tradicionais”, o que se faz de forma propositadamente reducionista para fins de compreensão do antagonismo discursivo identificado com outros doutrinadores que costumam ingressar nessa análise multidisciplinar, os quais passam a ser rotulados, para os mesmos efeitos, como autores “mais modernos”.

Assim, no que interessa ao presente trabalho é possível identificar que a doutrina aqui denominada de “mais tradicional” sustenta uma premissa para legitimar a atividade probatória dos magistrados que se pretende ver reconhecida como equivocada e está centrada na discussão da busca de uma verdade do “caso penal”<sup>28</sup> através do processo. Para estes doutrinadores, o juiz estaria legitimado a buscar provas por conta própria justamente porque o processo penal seria orientado pela busca de uma verdade real (ou material ou absoluta).

De fato, ao consultar a maioria<sup>29</sup> dos manuais de processo penal<sup>30</sup>, em grande parte se acaba deparando com afirmações conclusivas pregando ser o “princípio da verdade real”<sup>31</sup> o objetivo e o fio condutor na exegese das regras do processo penal.

<sup>26</sup> Sob o tema vide: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

<sup>27</sup> WARAT, Luís Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. In: **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**. Nº 05, Florianópolis: Editora UFSC, 1982, pp. 48-57, pp. 50 e 51, *verbis*: *Precisamos, então admitir a existência de certos efeitos de verdade, detectados a partir da observação do discurso de objetivação, quando este torna-se estratégico e estereotipado. Analisando o jogo estratégico desse discurso comprovamos o esvaziamento do seu núcleo conceitual, o qual passa a ser um mero significante em um contexto fragmentado de conotações disfarçadas por um controle lógico descontrolado. Quando a vigilância lógico-conceitual é invocada em nome de uma ordem de relações políticas, produz um exorcismo semiológico o qual impede a detecção dos efeitos políticos de um discurso. No mesmo sentido, podemos dizer que as regras epistemológicas tornam-se marcas sagradas, que roubam das relações conceituais a sua função referencial, tornando-as abertas aos efeitos do poder. Enfim, estamos reivindicando um saber crítico do direito como um novo ponto de vista epistemológico, que tenha por objeto de análise os discursos competentes da ciência e epistemologia jurídicas. Ditos discursos competentes são forjados na própria práxis jurídica, razão pela qual sugerimos chama-los de “senso comum teórico dos juristas”.*

<sup>28</sup> A expressão “caso penal” em substituição à ideia de “lide” é dada por COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal**. Ob. cit..

<sup>29</sup> Existem honrosas exceções, por óbvio, tanto na doutrina estrangeira quanto nacional. Vide, por exemplo, os excelentes manuais de: LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed., São Paulo:

Pela quantidade e pela repetição desse discurso, não raras vezes esse pensamento acaba aflorando através dos operadores do Direito, inclusive pela quase unanimidade dos Ministros da Suprema Corte Brasileira<sup>32</sup>, servindo de exemplo, por todos, o seguinte julgado tendo como Relator o Ministro Dias Toffoli:

*À luz dessas circunstâncias, possibilitar que, agora, a defesa, depois de consentir com a decisão do Tribunal de Justiça no julgamento do apelo acusatório, questione a ausência de intimação **é permitir que o processo se transforme em um instrumento de estratégias totalmente divorciado dos seus princípios básicos, que são a busca da verdade real e a aplicação do direito.***<sup>33</sup>

No Superior Tribunal de Justiça os exemplos igualmente afloram, valendo destacar, por todos, e também pela confusa mescla de paradigmas filosóficos conflitantes entre si – metafísica clássica aristotélica de busca de uma essência (“busca da verdade real”) e Filosofia da Consciência (“formação de seu livre convencimento”) – na interpretação do atual art. 212 do Código de Processo Penal, o seguinte julgado, tendo como Relator o Ministro Jorge Mussi:

*Conquanto o Ministério Público não estivesse presente na ocasião em que ouvidas as testemunhas comuns da acusação e da defesa, o certo é que o próprio artigo 212 do Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, **sendo-lhe facultada, outrossim, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, nos termos do artigo 156, inciso II, do mencionado diploma legal, o que***

---

Saraiva, 2013; e OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

<sup>30</sup> O elenco de autores brasileiros e estrangeiros que trabalham nessa linha já foi referido na introdução.

<sup>31</sup> Ou “material”, ou “absoluta”, ou qualquer outro sinônimo dado pela doutrina.

<sup>32</sup> Dos onze Ministros do Supremo Tribunal já utilizaram o discurso da “busca da verdade real” os seguintes Ministros: Dias Toffoli (RHC nº 102813/SP), Luiz Fux (HC 108219/PB), Ricardo Lewandowski (HC 108148/MS), Cármen Lúcia (HC 93868/PE), Celso de Mello (HC 94592/SP), Gilmar Mendes (HC 118833 AgR/BA), Marco Aurélio (HC 101861/MS), Rosa Weber (HC 109713/RJ). Atuando como vogais, os Ministros Teori Zavascki (HC 112348/SP) e Roberto Barroso (HC 116301/MG) já votaram acompanhando o Relator, que se valia do mesmo argumento de “busca da verdade real”. Assim, apenas o novel Ministro Luiz Edson Fachin, que ainda não atuou na Corte, não se valeu do “princípio” da busca da verdade real, como fundamento de seus julgados. Aliás, é provável que não o faça, considerando que se trata de Professor de Direito que tem conhecimento a respeito dessa problemática.

<sup>33</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso em Habeas Corpus nº 102813/SP**, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 17 de abril de 2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1962628>, acesso em 11 de maio de 2015. Grifos nossos.

revela a inexistência do prejuízo suportado pelos acusados, sendo certo que o togado de origem não atuou como acusador, mas dentro dos limites que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico vigente.<sup>34</sup>

Os Tribunais estaduais também não escapam dessa abordagem acrítica da verdade e vem perpetuando o discurso em decisões teratológicas e recentes, das quais serve de exemplo esse julgado de 2013 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

A busca da verdade real, por sua vez, não afronta a imparcialidade do Julgador, o contraditório, a paridade de armas, nem a ampla defesa. Com efeito, a “verdade”, qualificada como “real” (“Que existe de fato; verdadeiro”, segundo o mestre AURÉLIO), por verdade axiomática, não poderia ser assim adjetivada se ao ser revelada somente pudesse beneficiar uma das partes.

- Lição de ROGÉRIO LAURA TUCCI.

-Com efeito, não podemos olvidar que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já deixou assentado que não se pode permitir “que o processo se transforme em um instrumento de estratégias totalmente divorciado dos seus princípios básicos, que são a busca da verdade real e a aplicação do direito.” (passagem da ementa do HC 100754/BA, Ministro LUIZ FUX, j. em 03/05/2011, Primeira Turma). O mesmo Sodalício, há muito, já havia proclamado que a verdade real é um dos princípios que o nosso processo penal consagra (HC 55585/SP, Relator: Min. MOREIRA ALVES - “... dos princípios que o nosso processo penal consagra: o da verdade real, o do livre convencimento do juiz e o da inexistência de hierarquia legal probatoria.”<sup>35</sup>

Como se vê do trecho acima destacado, uma das referências de compreensão da “verdade” no processo penal para o Relator desse julgado é o verbete respectivo inserido no Dicionário do “mestre Aurélio”. Não bastasse, o julgado ainda refere a dois

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso em *Habeas Corpus* nº 53470/PA, Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 02 de dezembro de 2014, disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201402962502&dt\\_publicacao=11/12/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402962502&dt_publicacao=11/12/2014), acesso em 11 de maio de 2015. Grifos nossos.

<sup>35</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Segunda Câmara Criminal. *Apelação Criminal* nº 70049677628 (nº CNJ: 0274353-03.2012.8.21.7000). Relator Des. Marco Aurelio de Oliveira Canosa, julgada em 31 de outubro de 2013, disponível em [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_acordaos.php?Numero\\_Processo=70049677628&code=4074&entrancia=2&id\\_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%202.%20CAMARA%20CRIMINAL](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70049677628&code=4074&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%202.%20CAMARA%20CRIMINAL), acesso em 11 de maio de 2015. Grifos nossos.

“princípios” que na visão do Relator seriam “consagrados” em “nosso processo penal”: “o da verdade real” e o do “livre convencimento do juiz”. Essas passagens são autoexplicativas do quanto a jurisprudência ainda precisa avançar na compreensão dessa discussão.

Aliás, o problema alcança até mesmo alguns concursos públicos no Brasil, inclusive para a Magistratura<sup>36</sup>, que repetem a arenga irrefletida da “verdade real” considerando-a como um princípio de processo penal, provocando um círculo vicioso do pensamento acrítico que sai da doutrina tradicional, passa pelas questões de concurso público e retorna pela via jurisprudencial para retroalimentar aquela mesma doutrina. Aqui entra em cena o problema da “doutrina que não doutrina”, como vem alertando há tempo Lenio Streck<sup>37</sup>.

Ao tratar da verdade, tanto esses doutrinadores, quanto a jurisprudência dominante, costumam, inclusive, fazer um contraponto com o processo civil, numa “clássica” – porém igualmente equivocada – síntese: o processo penal seria orientado pelo princípio da verdade material e o processo civil pelo princípio da verdade formal<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> A exemplo do que se viu no Concurso para Provimento de Cargos de Juiz Substituto do Estado do Paraná de 2014, no qual foi considerada correta, na questão nº 45 da prova preambular, a assertiva que dizia, *verbis*: *Dentre os princípios característicos do processo penal moderno, segundo a doutrina, é correto destacar o do estado de inocência, do contraditório, da verdade real, da oralidade, da publicidade, do juiz natural*. Mesmo tendo havido recurso administrativo pleiteando a nulidade dessa questão, a Comissão de Concurso manteve a assertiva como correta. Fonte: <http://www.tjpr.jus.br/concursos/magistrado>, acesso em 12 de julho de 2014.

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz. Doutrina: direito ou dever de apontar os erros do STF? In: **Consultor Jurídico - Conjur**. 24 de abril de 2014, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-abr-24/senso-incomum-doutrina-direito-ou-dever-apontar-erros-stf>, acesso em 17 de setembro de 2014.

<sup>38</sup> São inúmeros os autores que sustentam nessa linha. No âmbito da doutrina estrangeira, vale citar exemplificativamente: LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II**. Buenos Aires: EJE, 1963, p. 155; MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Tradução para o francês da 3ª edição (1848), de C.A. Alexandre e para o português de Herbert Wüntzel Heinrich, Campinas: Bookseller, 1997, p. 173; TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992, pp. 04 e ss.; No Brasil, dentre vários outros, refere-se, a título ilustrativo: ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 106; TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal. Volume IV**, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 159; MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Curso de Direito Processual Penal**. 28ª ed., atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117; FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal. Volume II**. Ob. cit., p. 351; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 47; CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. Ob. cit., p. 22; QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Provas Contra Si Mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 31 e ss..

Boa parte dessa visão se constitui em fruto do que se pregou no passado a respeito da construção da ideia de verdade real e também da incompreensão dos paradigmas filosóficos que discutem a questão da verdade.

No Brasil se pode considerar que essa análise torta é mantida também em razão da manutenção da ideologia ainda reinante no vetusto Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, inspirado pela ideia de que seria possível atingir essa “verdade material”, conforme expressa orientação extraída da exposição de motivos do referido diploma legal:

*Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência. (...) Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o “in dubio pro reo” ou o “non liquet”.<sup>39</sup>*

Como se vê nesta orientação exegética da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, há uma forte inclinação de índole positivista kelseniana (positivismo normativista<sup>40</sup>) na forma de se compreender a função do juiz no processo penal, a ponto do então Ministro da Justiça Francisco Campos, autor dessa Exposição

<sup>39</sup> CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3689, de 03 de outubro de 1941. In: BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. Organização Luiz Flávio Gomes. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, 15ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 375.

<sup>40</sup> A respeito da dupla vertente do positivismo, ou seja, do positivismo exegético e do positivismo normativista, Lenio Streck esclarece: “...positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) é uma coisa distinta, porque separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda presente no imaginário dos juristas – em torno da proibição de interpretar, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um ‘fechamento semântico’ do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma ‘questão menor’ (lembremos, aqui, de Kelsen): o problema do direito não está no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deontológicas de validade das ‘normas jurídicas’” (STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, pp. 151-152).



de Motivos, nela afirmar que na busca da “verdade material” o “juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência”.

A influência desse discurso é tão forte que ele se consolidou como um “princípio” do processo penal: o “princípio da verdade real”. A doutrina sequer considera que princípio é norma e como tal deve ter caráter deontológico, isto é, atua como um “dever ser”, servindo para fechamento da interpretação e não para sua abertura, como precisamente mais uma vez assinala Lenio Streck<sup>41</sup>. Assim, afirmar que a verdade real possa ser um princípio é considerá-lo passível de orientar o processo penal e, nessa perspectiva, é passar a admitir que tudo seja válido em busca dessa mesma verdade, até mesmo a prova ilícita. Nesse raciocínio torto seria possível inclusive o absurdo de se voltar a legitimar até a mesmo a tortura como instrumento de busca da verdade, já que a verdade material seria o norte do processo.

Mas a problemática chega a ser de tal ordem na doutrina “mais tradicional” que se alcança o ponto de fundir paradigmas filosóficos distintos, num sincretismo revelador do quanto se está distante de compreender a complexidade do tema. Não raras vezes se depara com doutrinadores que discutem a premissa da busca de uma “verdade real” mesclando a ideia da “verdade como correspondência” com o discurso de que “cada um tem a sua verdade”. Serve de exemplo<sup>42</sup>, na doutrina estrangeira, o quanto Jorge de Figueiredo Dias assevera sobre o tema da verdade no processo penal:

*Dado o dever de investigação judicial autónoma da verdade, logo se compreende que não impenda nunca sobre as partes, em processo penal, qualquer ónus de afirmar, contradizer e impugnar. (...)*

*Por isso se diz que em processo penal está em causa, não a “verdade formal”, mas a “verdade material”, que há-de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida. (...) E não pode falar-se de verdade*

<sup>41</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 221.

<sup>42</sup> São vários os autores que fazem uma mescla de paradigmas filosóficos antagônicos, podendo-se citar, também: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Volume 1. 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 58 e ss.; BARROS, Marco Antonio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 286; dentre outros.

*material, note-se, mesmo que na realidade das coisas, A tenha morto B (...) De resto, o próprio pensamento filosófico mais recente veio mostrar que toda a verdade autêntica passa pela liberdade da pessoa, pelo que a sua obtenção à custa da dignidade do homem é impensável.*<sup>43</sup>

Serve também de exemplo, agora na doutrina nacional, na mesma linha de Figueiredo Dias e fazendo igual mescla de paradigmas, o quanto Ada Pellegrini Grinover aponta sobre o tema:

*Ainda que não atinja a verdade completa, a atuação ativa do juiz lhe facilitará inegavelmente o encontro de uma parcela desta. (...) O conceito de verdade, como já dito, não é ontológico ou absoluto. (...) O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida. E isso para os dois tipos de processo, penal e não penal. E ainda, agora exclusivamente para o processo penal tradicional, indica uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, com a finalidade de o juiz aplicar a norma de direito material aos fatos realmente ocorridos, para poder pacificar com justiça*<sup>44</sup>.

Como se vê, ao tentar explicar a questão da verdade no processo penal, tanto Figueiredo Dias, quanto Ada Pellegrini Grinover mesclam duas visões filosoficamente antagônicas a respeito da verdade. Num primeiro momento, em determinados trechos de seus respectivos textos referem, praticamente com as mesmas palavras, que o “conceito de verdade não é ontológico, absoluto”. Ada Pellegrini Grinover chega a dizer que o “princípio da verdade real” “foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz” e que hoje haveria uma “tendência a uma certeza próxima da verdade judicial”. Figueiredo Dias também aduz que “há-de ser antes de tudo uma verdade judicial”. Nessas passagens, portanto, os dois autores apostam primeiro na ausência de uma verdade real dizendo que ela seria próxima à “verdade judicial”, ou

<sup>43</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Ob. cit., pp. 193-194.

<sup>44</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 07, nº 27, julho-setembro de 1999, pp. 71-79.

seja, ambos apostam numa verdade que vai à cabeça do juiz (filosofia cartesiana e solipsista da consciência).

No entanto em outros trechos o discurso parece ser no sentido oposto. De fato, no mesmo texto Ada Pellegrini Grinover também refere que “a verdade deve ser pesquisada” com a “finalidade de o juiz aplicar a norma de direito material aos fatos realmente ocorridos” e Figueiredo Dias, por sua vez, também afirma que o juiz teria o “dever de investigação judicial autónoma da verdade” referindo, ainda, de como os fatos se deram na “realidade das coisas”. Assim, quando Ada diz que o juiz deve buscar os “fatos realmente ocorridos” e quando Figueiredo Dias diz que existiria uma “verdade autónoma” na “realidade das coisas”, o que ambos acabam admitindo é que a verdade possa ser alcançada através de um ajuste da mente à coisa (filosofia aristotélica de verdade como correspondência).

Ou seja: os dois renomados e importantes autores de processo penal, acima referidos, conseguem trabalhar com dois paradigmas filosóficos visivelmente conflitantes forçando-os numa inconcebível simbiose.

A questão também não escapa da reforma em curso no processo penal brasileiro na discussão do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, notadamente na justificativa da Emenda nº 19, que tinha a pretensão de permitir atividade probatória do magistrado em complemento àquela das partes sem a ressalva originária do art. 4º Projeto de que seria “vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. O problema da “busca da verdade” pelo juiz constava da justificativa da referida Emenda apresentada pelo Senador Pedro Simon:

*Ao reduzir o poder que permite ao juiz atuar supletivamente no processo penal em matéria de provas previsto no Código vigente, restringindo-o exclusivamente à defesa, não representa, a nosso ver, critério que concorra para o esclarecimento da verdade buscado no processo penal.*<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> BRASIL. Senado Federal. **Emenda nº 19/2010, de autoria do Senador Pedro Simon, apresentada na CCJ ao Substitutivo ao PLS nº 156/2009 (Modificativa)**. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/73521.pdf>, acesso em 22 de julho de 2013.

A Emenda foi rejeitada por entender a Comissão do Senado de que ela iria contra o “sistema acusatório” “fortemente adotado” no Projeto.

Assim, o problema da verdade guarda ampla complexidade de análise, sendo certo que o discurso da busca da “verdade material” como norte exegético do processo penal e, portanto, como legitimador da atividade probatória do juiz, é hoje absolutamente ultrapassado, seja pelo prisma histórico do que ele já representou (os maiores abusos da história da humanidade já foram praticados em homenagem à “busca da verdade real”), seja no plano filosófico (notadamente a partir da Filosofia da Linguagem), no qual se torna insustentável no contexto de um modelo processual essencialmente narrativo, como se passa a expor.

## **Capítulo I – O longo trajeto em busca da verdade: a recorrente alternância entre o sujeito e o objeto.**

A poesia (não tires poesia das coisas)  
 elide sujeito e objeto.  
 (CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE)<sup>46</sup>

Um dos temas que mais angustia o ser humano desde sempre se resume a discutir de que forma seria possível demonstrar a verdade e a existência das coisas. Depois de dois mil e quinhentos anos de filosofia o homem ainda se questiona a esse respeito e tem dificuldades de poder afirmar, com segurança, que uma determinada coisa “é”<sup>47</sup>.

Em análise de certa forma reducionista de uma ampla fase da história que se estende desde os gregos antigos, em particular desde os contrapontos entre a filosofia de Platão e de Aristóteles, até os pensadores do século XX (que provocaram revoluções filosóficas a partir da linguagem), a discussão da verdade pode ser dividida entre duas grandes “leis” de apreensão do conhecimento: a lei da física (da natureza, dos fatos, realista, do númeno) e a lei da cultura (das regras, idealista, do fenômeno).

Nessa linha divisional o pensamento oscilou, durante todo este tempo, entre o mundo do “ser” e o mundo do “dever-ser”, servindo de paradigmas filosóficos antagônicos que provocaram larga influência também no modo como o direito foi compreendido e como o processo penal foi orientado.

Para adequada compreensão do quanto essa questão ainda influencia o processo penal brasileiro e mesmo o modo do mundo ocidental ter se constituído e o modo dele enxergar e interpretar as coisas, passa-se a explorar as variadas estruturas do pensamento humano em torno da ideia de verdade, iniciando pelo assim denominado “primeiro giro antropológico” dos pré-socráticos até a verdade como

<sup>46</sup> ANDRADE, Carlos Drummond de. **Poesia Completa: conforme as disposições do autor. Volume 01**. Ob. cit., p. 117.

<sup>47</sup> STRECK, Lenio Luiz. Da “Justeza dos Nomes” à “Justeza da Resposta Constitucional”. In: **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, vol. 43, nº 50, julho/dezembro de 2008, pp. 91-114, p. 92, disponível em [http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22248/justeza\\_nomes\\_justeza\\_resposta.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22248/justeza_nomes_justeza_resposta.pdf?sequence=1), acesso em 27 de julho de 2013.

correspondência em Aristóteles, inclusive à luz de seu método silogístico de “alcançar” a verdade.

## **Seção I – Do primeiro “giro antropológico” à verdade como correspondência em Aristóteles.**

*Dizer que ‘o que é’ não é, ou que ‘o que não é’ é, é falso, mas dizer que ‘o que é’ é, e que ‘o que não é’ não é, é verdadeiro.*  
(ARISTÓTELES)<sup>48</sup>

*- Pois é isso - continuou Dona Benta. - A Grécia está no nosso idioma, no nosso pensamento, na nossa arte, na nossa alma; somos muito mais filhos da Grécia do que de qualquer outro país.*  
(MONTEIRO LOBATO)<sup>49</sup>

Em suas famosas “Histórias”, Herodoto (484-420 a. C.) anota que “durante muito tempo ignorou-se a origem de cada deus, sua forma e natureza, e se todos eles sempre existiram”, esclarecendo, ainda, que “Homero e Hesíodo, que viveram quatrocentos anos antes de mim, foram os primeiros a descrever em versos a teogonia, a aludir aos sobrenomes dos deuses, ao seu culto e funções e a traçar-lhes o retrato”<sup>50</sup>.

O que se sabe, então, é que desde pelo menos a Ilíada e a Odisseia de Homero (850 a. C.<sup>51</sup>), passando pelas tragédias gregas da Oresteia de Ésquilo (525-456 a. C.), da Antígona de Sófocles (497-406 a. C.), dentre outras, todo o mundo grego antigo era compreendido essencialmente a partir e através dos deuses e dos mitos.

<sup>48</sup> ARISTÓTELES. **Metafísica**. 2ª ed., tradução de Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2012, p. 125, 1011b26-27.

<sup>49</sup> LOBATO, Monteiro. **O Minotauro**. 27ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1996, p. 10.

<sup>50</sup> HERÓDOTO. História. Livro II, LIII. In: **Clássicos Jackson, Volume XXIII. Heródoto. História. 1º Volume**. Tradução de J. Brito Broca, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre: W.M. Jackson Inc., 1964, p.137.

<sup>51</sup> Como destacado, Heródoto considera que Homero viveu 400 anos antes do seu tempo, o que, então, implicaria numa data algo em torno de 850 a. C.

Aristóteles, em sua *Metafísica*<sup>52</sup>, considera que foram os filósofos gregos pré-socráticos aqueles que, em substituição aos mitos das divindades primitivas, procuraram definir o princípio substancial, o princípio primeiro das coisas, buscando a essência de todas elas, a chamada *arché*<sup>53</sup> (ou *arquê*<sup>54</sup>). A variação de compreensão do que seria a *arché* foi bastante ampla. Sem pretender esgotar todos aqueles que pensaram sobre o tema, os mais relevantes podem ser indicados como sendo Tales de Mileto (624-548 a.C.<sup>55</sup>), para quem a *arché* estava na água<sup>56</sup>; Anaxímenes de Mileto (585-528 a. C.) e Diógenes de Apolônia (499-428 a. C.), que consideravam o ar como sendo a *arché*, pois este seria anterior à água; Empédocles de Agrigento (490-435 a. C.) que via a terra como sendo a *arché*; Hipaso de Metaponto e Heráclito de Éfeso (540-470 a. C.) os quais consideravam que a *arché* estaria no fogo; Anaximandro de Mileto (611-547 a. C.) e Anaxágoras de Clazômenas (500-428 a. C.) entendendo a *arché* como relacionado ao *apérion* (infinito), dentre outros<sup>57</sup>.

Essa significativa variação encontrou seu ponto culminante quando Demócrito de Abdera (460-370 a. C.), seguindo os passos de seu mestre Leucipo de Mileto (500-430 a. C.), sintetizou a *arché* na ideia e no conceito do “átomo”<sup>58</sup>. A respeito de Demócrito, Aristóteles anotou que para ele e seu mestre Leucipo, “os elementos são o ‘cheio’ e o ‘vazio’, classificando o primeiro como o ‘ser’ e o segundo como o ‘não ser’”<sup>59</sup>. Nessa abordagem Hegel explica que Demócrito tem como ponto de partida acreditar na “realidade do movimento porque o pensamento é movimento”. E prossegue: “Esse é seu ponto de ataque: o movimento existe porque eu penso e o pensamento tem

<sup>52</sup> ARISTÓTELES. *Metafísica*. Ob. cit., pp. 44 e ss..

<sup>53</sup> POPPER, Karl. *O Mundo de Parmênides. Ensaio sobre o iluminismo pré-socrático*. Tradução de Roberto Leal Ferreira, São Paulo: UNESP, 2014, p. 188. Na nota de rodapé nº 188, Popper explica: *A linguagem da teoria da natureza é, muito obviamente, tomada em boa medida da linguagem da sociedade e em especial da linguagem da guerra. “Arché”, “princípio” ou “origem” vem de “archo” (“conduzir, governar, comandar”).*

<sup>54</sup> MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia. Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. 14ª reimpressão, Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 25.

<sup>55</sup> As datas correspondentes aos períodos de vida dos filósofos pré-socráticos são extraídas da obra: **Os Pré-Socráticos. Coleção Os Pensadores, vol. 1**. Tradução de Ernildo Stein, São Paulo: Victor Civita, 1973.

<sup>56</sup> No mesmo sentido refere HEGEL, Georg W. F.. *Crítica Moderna*. In: **Os Pré-Socráticos. Coleção Os Pensadores, vol. 1**. Ob. cit., p. 15.

<sup>57</sup> BORNHEIM, Gerd A. *Os Filósofos Pré-Socráticos*. Gerd Bornheim (Organizador), São Paulo: Cultrix, 1998.

<sup>58</sup> BORNHEIM, Gerd A. *Os Filósofos Pré-Socráticos*. Ob. cit., p. 106.

<sup>59</sup> ARISTÓTELES. *Metafísica*. Ob. cit., pp. 52-53.

realidade. Mas se há movimento deve haver um espaço vazio, o que equivale a dizer que o não-ser é tão real quanto o ser”. E em seguida conclui como Demócrito compreendeu e concebeu o conceito de átomo:

*Se toda grandeza fosse divisível ao infinito, não haveria mais nenhuma grandeza, não haveria mais ser. Se deve subsistir um pleno, isto é, um ser, é preciso que a divisão não possa ir ao infinito. Mas o movimento demonstra o ser, tanto quanto o não-ser. Se somente o não-ser existisse, não haveria movimento. O que resta são os “átomos”. O ser é a unidade indivisível.<sup>60</sup>*

Esse foi o ponto alto nas discussões de compreensão do mundo dessa filosofia denominada de pré-socrática. Porém, ainda que esses filósofos pré-socráticos procurassem definir a essência do mundo na natureza, conforme esclarece Karl Popper, estabeleciam uma “distinção entre o conhecimento, conhecimento real, verdade certa (*saphes, aletheia*; mais tarde: *episteme*), que é divina e só acessível aos deuses, e a opinião (*doxa*), que os mortais podem possuir”<sup>61</sup>. É o que se vê claramente nos “Fragmentos” do poema de Parmênides de Eléia (530-460 a. C.)<sup>62</sup> e também nos “Fragmentos” de Heráclito<sup>63</sup>.

Karl Popper acrescenta que “o primeiro a se rebelar contra tal ideia foi Protágoras”<sup>64</sup> de Abdera (490-421 a. C.), considerado, ao lado de Górgias de Leontinos (487-380 a. C.), como um dos mais relevantes Sofistas. E, como se sabe, os Sofistas não acreditavam em nenhuma verdade, isto é, relativizavam a verdade ao extremo. Protágoras, por exemplo, pregava “que nada sabemos sobre os deuses – nem se existem, nem se não existem” e, nessa linha, concluía que o “homem é a medida de todas as coisas”. Górgias sustentava que “nada existe que possa ser conhecido; se pudesse ser conhecido não poderia ser comunicado, se pudesse ser comunicado não

<sup>60</sup> HEGEL, Georg W. F.. Crítica Moderna. In: **Os Pré-Socráticos. Coleção Os Pensadores, vol. 1**. Ob. cit., p. 354.

<sup>61</sup> POPPER, Karl. **O Mundo de Parmênides. Ensaio sobre o iluminismo pré-socrático**. Ob. cit., p. XXIII.

<sup>62</sup> PARMÊNIDES. Fragmentos. Tradução de José Cavalcante de Souza. In: **Os Pré-Socráticos. Coleção Os Pensadores, vol. 1**. Ob. cit., pp. 147 e ss..

<sup>63</sup> HERÁCLITO. Fragmentos. In: COSTA, Alexandre. **Heráclito: fragmentos contextualizados. Tradução, apresentação e comentários por Alexandre Costa**. Rio de Janeiro: Difel, 2002, pp. 197 e ss.

<sup>64</sup> POPPER, Karl. **O Mundo de Parmênides. Ensaio sobre o iluminismo pré-socrático**. Ob. cit., p. XXIII.



poderia ser compreendido”<sup>65</sup>. Ou seja, para os Sofistas não existe nenhuma verdade absoluta divina, toda ela é relativizada pelo homem. Eles patrocinam, então, o início de um primeiro “giro antropológico”. Se o homem é a medida de todas as coisas, é ele quem define o que seja a sua verdade. No entanto, ainda não é possível se dizer que se encontre aqui uma leitura de um sujeito solipsista como ocorreu no século XVII com a filosofia de Descartes<sup>66</sup>. Como esclarece Heidegger, é somente com Descartes que se derá esse efetivo giro no paradigma da consciência<sup>67</sup>, como se verá mais adiante.

Quem rivalizou com os Sofistas, pelo que se sabe dos escritos de Platão<sup>68</sup> (428-347 a. C.), foi Sócrates (470-399 a. C.) – e depois, claro, seu discípulo, isto é, o próprio

<sup>65</sup> Conforme, dentre outros, MARÍAS, Julián. **História da Filosofia**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 42.

<sup>66</sup> Lenio Streck explica que “*solipsista quer dizer egoísta, que se basta, encapsulado. É ele que se ‘encarrega’ de fazer a ‘inquisição’. E a verdade será a que ele, o ‘sujeito’, estabelecerá a partir de sua consciência*” (...) “*Com efeito, como afirma Blackburn, o solipsismo ‘é a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles’*. Trata-se, portanto, de uma corrente filosófica que determina que exista apenas um Eu que comanda o Mundo, ou seja, o mundo é controlado consciente ou inconscientemente pelo Sujeito. Devido a isso, a única certeza de existência é o pensamento, instância psíquica que controla a vontade. O mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que o Sujeito imagina, quer e decide o que é. Desse modo, quando falo aqui – e em tantos outros textos – de um sujeito solipsista, refiro-me a essa consciência encapsulada que não sai de si no momento de decidir.” (...) “*para o solipsismo filosófico – e pensemos aqui na discricionariedade positivista, louvada até mesmo pelos setores críticos da teoria do direito –, o mundo seria/é apenas o resultado das representações que realizamos a partir de nosso ‘feixe de sensações’*”. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto? – Decido Conforme Minha Consciência?** 2ª ed., Coleção O que é Isto? Volume 01, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 58-59). A respeito do termo, Ferrater Mora complementa, dizendo que a palavra “solipsismo” vem do latim “solus”, que significa “só”, e “ipse”, que significa “eu” (portanto: “eu só”). É conhecida, também como a “doutrina do só eu”. FERRATER MORA, J. **Dicionário de Filosofia. Tomo IV**. 2ª ed., São Paulo: Edições Loyola, 2004, pp. 2732-2733.

<sup>67</sup> HEIDEGGER, Martin. **A Época das Imagens de Mundo**. Tradução de Cláudia Drucker, pp. 08 e ss., disponível em [www.ghiraldelli.pro.br](http://www.ghiraldelli.pro.br), acesso em 15 de janeiro de 2015, verbis: *O mundo grego está ainda mais distante da interpretação moderna do ente. (...) A essência do homem na grande época dos gregos é ser olhado pelo ente, mobilizado e detido por ele, portanto também por ele carregado; é ser envolvido pelos seus contrastes e escolhido para assinalar suas discrepâncias. (...) O homem grego “é” na medida em que percebe o ente, e por isso, entre os gregos, o mundo nunca pode se transformar em imagem. (...) A percepção entre os gregos significa algo bem diferente da representação moderna, cujo significado se expressa na palavra “repraesentatio”. Re-apresentar significa aqui: trazer para diante de si, de quem representa, o ente à mão, e fazer com que esta relação consigo repercuta como se fora o âmbito normativo. Quando isto acontece, o homem se instala na imagem a respeito do ente. Na medida em que o homem se instala na imagem desta forma, ele se põe em cena, isto é, no âmbito do ato de representar, universal e publicamente. Deste modo o homem se põe como a cena em que, daqui por diante, o ente se re-presenta, apresenta, isto é, precisa ser uma imagem. O homem se torna o representante do ente no sentido do objeto.*

<sup>68</sup> PLATÃO. Sofista. In: **Diálogos. O Banquete. Fédon. Sofista. Político. Coleção Os Pensadores, vol. 3**. Tradução de Jorge Paleikat e João Cruz Costa, São Paulo: Victor Civita, 1972, pp. 137 e ss.; PLATÃO. **Górgias**. Tradução de Carlos Alberto Nunes, créditos da digitalização: membros do grupo de

Platão – que acabou procurando adotar um conceito de verdade que fosse universal, através de uma nova forma de filosofia que conduziu a discussão da verdade para o campo das ideias, abandonando a preocupação com o mundo físico para ingressar naquele metafísico, como também explica Aristóteles:

*As filosofias descritas anteriormente foram sucedidas pelo sistema de Platão, o qual em muitos aspectos harmonizava-se com elas, mas que também encerrava características distintas daquelas da filosofia itálica. (...) E quando Sócrates, deixando de lado a natureza e confinando seu estudo às questões éticas, buscou nessa esfera o universal e foi o primeiro a concentrar-se nas definições, Platão a ele aderiu e concebeu que o problema da definição não diz respeito a qualquer coisa sensível, mas a entidades de outro tipo, isto porque é impossível haver definição geral de coisas sensíveis, que estão em contínua mutação. Chamou essas entidades de “Ideias” e sustentou que todas as coisas sensíveis são nomeadas segundo elas e em função de sua relação com elas, uma vez que a pluralidade das coisas que têm o mesmo nome que as Formas existe por participação nelas.*<sup>69</sup>

Aristóteles (384-322 a. C.), como discípulo de Platão, fez o contraponto de seu mestre, o qual é, em grande parte, ainda hoje dominante e influente na forma de muitos compreenderem o mundo, considerando a verdade como inerente às coisas e não às ideias.

Portanto, para os filósofos gregos antigos, notadamente a partir de Sócrates e Platão de um lado, e o contraponto de Aristóteles de outro, como destacado acima, ou os sentidos estavam nos sujeitos, que “assujeitavam” as coisas (Platão); ou os sentidos estavam nas coisas, que possuíam as suas essências (Aristóteles).

Com isso se não quer dizer que os filósofos desse longo período deixassem de se preocupar com a relação entre a linguagem e a verdade, com a definição dos conceitos, dos signos e dos significados, pois, como referem Heidegger<sup>70</sup> e Gadamer<sup>71</sup>, o primeiro analisando o “Fragmento 50” de Heráclito e o segundo o “A Política” de

---

discussão Acrópolis (Filosofia), página do grupo: <http://br.egroups.com/group/acropolis/>, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000034.pdf>, acesso em 10 de dezembro de 2013.

<sup>69</sup> ARISTÓTELES. **Metafísica**. Ob. cit., pp. 57-58.

<sup>70</sup> HEIDEGGER, Martin. Logos (Heráclito, fragmento 50). In: **Ensaio e Conferências**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão, Gilvam Fogel e Márcia de Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis: Vozes, 2002, pp. 183 e ss..

<sup>71</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complemento e índice**. 6ª ed., tradução de Ênio Paulo Giachini, Petrópolis: Vozes, 2011, p. 173.

Aristóteles, não obstante a palavra “*logos*” tenha sido tradicionalmente traduzida por “razão ou pensar”, ela também era utilizada e compreendida como “linguagem”.

É possível até mesmo considerar que a obra “Crátilo” de Platão seja uma primeira referência filosófica a se preocupar com a questão da linguagem. De fato, a linguagem ganha importância quando, em “Crátilo”, Platão apresenta os diálogos atribuídos a Hermógenes, Crátilo e Sócrates, colocando uma questão crucial: as palavras podem contribuir para o conhecimento da realidade? Em busca da resposta nesse diálogo são apresentadas duas ideias divergentes: a de Heráclito (pré-socrático), naturalista (cada coisa tem seu nome por natureza) representada na palavra de Crátilo e a dos Sofistas, representada por Hermógenes, nominalista (ou convencionalista, cada coisa tem seu nome por convenção). Sócrates é o mediador do diálogo.

Já no início da obra Hermógenes apresenta a Sócrates a forma de Crátilo pensar e como ele – Hermógenes – o indagou a esse respeito, num nítido estilo questionador e de provocar contradições nos interlocutores, como faziam os Sofistas:

*Hermógenes – Aqui o Crátilo dizia, ó Sócrates, que cada um dos seres tem um nome correcto que lhe pertence por natureza (...). Por isso, eu perguntei-lhe se o seu nome é verdadeiramente Crátilo. E ele assentiu. “E o de Sócrates?” perguntei-lhe. “É Sócrates”, disse ele. “Quer dizer que, relativamente a todos os outros homens, aquilo que lhes chamamos é o nome de cada um deles, e esse é, para cada um, o seu nome?” disse eu. “Bem, o teu não é Hermógenes”, respondeu ele, “apesar de todos os homens te chamarem assim”. Mas, embora eu o interroge e esteja cheio de vontade de conhecer o que pode ele querer dizer, ele nada esclarece e finge-se ignorante comigo, afectando pensar dentro de si próprio qualquer coisa que ele conhece, e que, se quisesse expor claramente, me faria concordar com ele e dizer as mesmas coisas que ele diz. Ora, se tu puderes interpretar o oráculo de Crátilo, ouvir-te-ei com prazer; mas ainda com mais prazer ouviria aquilo que pensas sobre a correção dos nomes, se quiseres dizer-mo.<sup>72</sup>*

Quando Crátilo diz que o nome de Hermógenes não é dele, refere-se ao fato de que Hermógenes significa, etimologicamente, “filho de Hermes”, deus protetor do comércio<sup>73</sup>, e assim brinca com o fato de Hermógenes não ser realmente nem filho de

<sup>72</sup> PLATÃO. **Crátilo**. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, 383a, p. 43.

<sup>73</sup> Como explica SANTOS, José Trindade. Nota 2. In: PLATÃO. **Crátilo**. Ob. cit., p. 44.

Hermes, nem tampouco ter muita riqueza a exemplo do que teria um filho do deus Hermes<sup>74</sup>. No entanto, acaba caindo na armadilha dos Sofistas, contradizendo-se na provocação de Hermógenes, pois se Crátilo sustentava que haveria uma relação natural entre o que considerava ser o “signo” (a palavra) e a coisa significada, e o nome dado a Hermógenes não pode significar ser ele filho de Hermes, o nome dado a Hermógenes não teria relação com ele mesmo e, assim, seria arbitrário. E é esta última – a posição contrária de Crátilo – aquela defendida por Hermógenes, sustentando que os nomes decorrem “da convenção e do acordo”<sup>75</sup>, o que se ajusta à concepção de Protágoras de que “o homem é a medida de todas as coisas” e, como tal, atribui o nome que quiser às coisas:

*Hermógenes – Quanto a mim, ó Sócrates, muitas vezes conversei com eles e com muitos outros, e não sou capaz de me deixar persuadir de que a correcção dos nomes seja outra coisa para além da convenção e do acordo. (...) De facto, nenhum nome pertence por natureza a nenhuma coisa, mas é estabelecido pela lei e pelo costume daqueles que o usam, chamando as coisas.*<sup>76</sup>

(...)

*Hermógenes – De facto, ó Sócrates, tenho para mim que não há outra correcção dos nomes senão esta, ser cada coisa para mim chamada por um nome, aquele que eu lhe pus, e para ti por outro, aquele que tu lhe puseste; e da mesma maneira vejo as cidades atribuírem nomes particulares às mesmas coisas, e os gregos darem nomes diferentes dos que dão outros gregos, e os gregos darem nomes diferentes dos que dão os bárbaros.*<sup>77</sup>

E, assim, se os nomes seriam fruto da vontade de cada um e do consenso dos homens, como defendiam os Sofistas, é porque não eram nem uma expressão da natureza como pregravam os primeiros filósofos pré-socráticos, nem tampouco decorriam da vontade dos deuses como pregava a mitologia. Mas no diálogo com Sócrates, Hermógenes é conduzido a admitir que o convencionalismo absoluto, como ele apresentava, também gerava problemas de comunicação e, assim, não poderia ser seguido à risca, como se vê da seguinte passagem:

<sup>74</sup> PLATÃO. **Crátilo**. Ob. cit., 384c, p. 44.

<sup>75</sup> PLATÃO. **Crátilo**. Ob. cit., 384d, p. 44.

<sup>76</sup> PLATÃO. **Crátilo**. Ob. cit., 384d, p. 44.

<sup>77</sup> PLATÃO. **Crátilo**. Ob. cit., 385d, p. 46.

*Sócrates – E poderá alguém falar correctamente se falar de acordo com a sua opinião sobre o modo como se deve falar? Ou fracassará e nada fará, a não ser que diga as coisas como lhes pertence por natureza e como devem ser ditas e por meio do que devem sê-lo e, falando assim, fará e dirá uma coisa melhor?*

*Hermógenes – Parece-me ser como dizes.*

*Sócrates – Mas então, o nomear não é uma parte do falar? Pois é nomeando que produzimos os discursos.*

*Hermógenes – Completamente.*

*Sócrates – Nesse caso, o nomear é uma certa acção, já que o falar era uma certa acção acerca das coisas.*

*Hermógenes – Sim.*

*Sócrates – Mas vimos que as acções não são relativamente a nós, mas têm uma certa natureza própria que é sua.*

*Hermógenes – Assim é.*

*Sócrates – Desse modo, e para estarmos de acordo com o que foi dito anteriormente, as coisas devem ser nomeadas como lhes pertence por natureza serem nomeadas e por meio do que devem sê-lo, e não como nós queremos; e, assim, faremos e nomearemos melhor, mas de outra maneira não.*

*Hermógenes – Parece-me que sim..<sup>78</sup>*

A diferença de abordagem, portanto, é apresentada por Sócrates que no diálogo mantido com Hermógenes faz alusão à figura de um ser divino, o *nomothetês* (ou “legislador dos nomes”<sup>79</sup>), como sendo aquele capaz de identificar a verdadeira natureza das coisas, incumbido de lhes designar nomes, convencendo-os em “signos”, vistos como referencial de um modelo ideal, porém sem qualquer vinculação com a coisa e, assim, sem ter importância para a definição da verdade das coisas. O resultado do diálogo em “Crátilo” não é propriamente conclusivo ainda que se procure harmonizar as duas formas de pensar, tendo, porém, Platão admitido, por intermédio da fala que atribuiu a Sócrates, que havia uma necessidade de se buscar a verdade nas ideias, para além das palavras:

<sup>78</sup> PLATÃO. **Crátilo**. Ob. cit., 387b, pp. 48-49.

<sup>79</sup> PLATÃO. **Crátilo**. Ob. cit., p. 184, 388e4, p. 50.

*Sócrates: Mas então, estando os nomes em guerra, e afirmando uns que são semelhantes à verdade, e outros que são eles que têm essa semelhança, com base em que facto poderemos decidir, ou em que nos apoiaremos? Pois não poderá ser em nomes diferentes destes, porque não existem, mas é claro que teremos de procurar outras entidades, para além dos nomes, que nos mostrem, sem os nomes, qual dos dois grupos é o verdadeiro, exibindo de forma clara a verdade dos seres.*<sup>80</sup>

A obra serviu, portanto, de base para que Platão construísse sua ideia de que os “signos” (e a linguagem) não são importantes no conhecimento da verdade já que expressam meras convenções. Platão também discutiu a questão da linguagem noutros textos, a exemplo de “Górgias”, criticando o uso da palavra como retórica de convencimento, inclusive nos tribunais<sup>81</sup>.

Assim, Platão, influenciado por Sócrates que lhe incutiu uma série de dúvidas na mente<sup>82</sup>, tinha uma percepção de mundo ideal, trabalhando, portanto, no universo das ideias e construindo o discurso da existência de uma verdade no qual a linguagem tem papel secundário. Enfim, Platão acreditava num mundo ideal e que seria nesse mundo que a verdade essencial das coisas se revelaria. Para Platão, então, a verdade estava no mundo do “dever ser”, no mundo das ideias, na mente das pessoas (no que ele, de certa forma, também dá pistas de uma filosofia da consciência que se estruturará séculos depois com o *cogito* cartesiano) e, assim, deveria ser descoberta pela razão como deixa claro em sua obra “Timeu”, *verbis*:

<sup>80</sup> PLATÃO. **Crátilo**. Ob. cit., p. 438d, p. 122.

<sup>81</sup> PLATÃO. **Górgias**. Ob. cit.: **Górgias** — *Que é, de fato, o maior bem, Sócrates, e a causa não apenas de deixar livres os homens em suas próprias pessoas, como também de torná-los aptos para dominar os outros em suas respectivas cidades.* **Sócrates** — *Que queres dizer com isso?* **Górgias** — *O fato de por meio da palavra poderem convencer os juizes no tribunal, os senadores no conselho e os cidadãos nas assembléias ou em toda e qualquer reunião política. Com semelhante poder, farás do médico teu escravo, e do pedótriba teu escravo, tornando-se manifesto que o tal economista não acumula riqueza para si próprio, mas para ti, que sabes falar e convencer as multidões.* (...) **Sócrates** — *De qual dessas persuasões se vale a retórica nos tribunais e nas demais assembléias, relativamente ao justo e ao injusto? Da que é fonte de crença sem conhecimento, ou da que é fonte só de conhecimento?* **Górgias** — *Evidentemente, Sócrates, da que dá origem à crença.* **Sócrates** — *Então, ao que parece, a retórica é obreira da persuasão que promove a crença, não o conhecimento, relativo ao justo e ao injusto?* **Górgias** — *Exato.* **Sócrates** — *Sendo assim, o orador não instrui os tribunais e as demais assembléias a respeito do justo e do injusto, mas apenas lhes desperta a crença nisso. Em tão curto prazo não lhe fora possível instruir tamanha multidão sobre assunto dessa magnitude.*

<sup>82</sup> Sobre o tema, vide, dentre outros: DROIT, Roger-Pol. **Filosofia em Cinco Lições**. Tradução de Jorge Bastos, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, pp. 29 e ss..

*Na minha opinião, temos primeiro que distinguir o seguinte: o que é aquilo que é sempre e não devém, e o que é aquilo que devém, sem nunca ser? Um pode ser apreendido pelo pensamento com o auxílio da razão, pois é imutável. Ao invés, o segundo é objecto da opinião acompanhada da irracionalidade dos sentidos e, porque devém e se corrompe, não pode ser nunca.*

*(...)*

*Todavia, sempre que se aplica ao racional e sempre que o círculo do Mesmo, que se movimenta com destreza, revela isto, é forçoso que daí resulte saber e intelecção. No que respeita àquilo em que se geram estes dois modos de conhecer, se alguma vez alguém disser que é outra coisa que não a alma, esse alguém estará a dizer tudo menos a verdade<sup>83</sup>.*

Já Aristóteles, discípulo de Platão, caminhou no sentido oposto ao de seu mestre. Realista, deu preferência ao “ser”, como fez na *Metafísica*, sustentando terem as coisas uma essência, sendo que a linguagem não possuiria autonomia em relação às coisas.

Com isso também se não quer dizer que Aristóteles desconsiderasse a linguagem. Ao contrário, pois ele inclusive destacava sua importância como sinal caracterizador e distintivo dos seres humanos e dos animais:

*É evidente que o homem é um animal mais político do que as abelhas ou qualquer outro ser gregário. A natureza, como se afirma frequentemente, não faz nada em vão, e o homem é o único animal que tem o dom da palavra. E mesmo que a mera voz sirva para nada mais do que uma indicação de prazer ou de dor, e seja encontrada em outros animais (uma vez que a natureza deles inclui apenas a percepção de prazer e de dor, a relação entre elas e não mais que isso), o poder da palavra tende a expor o conveniente e o inconveniente, assim como o justo e o injusto. Essa é uma característica do ser humano, o único a ter noção do bem e do mal, da justiça e da injustiça. E é a associação de seres que têm uma opinião comum acerca desses assuntos que faz uma família ou uma cidade.<sup>84</sup>*

Aristóteles ainda avançava em suas considerações a respeito da linguagem para explorar a questão das diferentes línguas e símbolos dos sons da fala e da escrita, sem

---

<sup>83</sup> PLATÃO. **Timeu-Critias**. Tradução de Rodolfo Lopes. Coleção autores gregos e latinos. Série Textos, Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, Universidade de Coimbra, 2011, obra digitalizada e disponível em [https://bdigital.sib.uc.pt/jspui/bitstream/123456789/64/7/platao\\_timeu\\_critias.pdf](https://bdigital.sib.uc.pt/jspui/bitstream/123456789/64/7/platao_timeu_critias.pdf), acesso em 20 de junho de 2014, pp. 93-94 e pp. 108-109.

<sup>84</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. I, 2. In: Coleção Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 146.

olvidar dos correspondentes “signos” universais, em seu texto intitulado “Da Interpretação” (Órganon):

*Os sons emitidos pela fala são símbolos das paixões da alma (ao passo que) os caracteres escritos [formando palavras] são os símbolos dos sons emitidos pela fala. Como a escrita, também a fala não é a mesma em toda parte [para todas as raças humanas]. Entretanto, as paixões da alma, elas mesmas, das quais esses sons falados e caracteres escritos (palavras) são originariamente signos, são as mesmas em toda parte [para toda a humanidade], como também o são os objetos dos quais essas paixões são representações ou imagens. (...) Como por vezes assomam pensamentos em nossas almas desacompanhadas da verdade ou da falsidade, enquanto assomam por vezes outros que necessariamente encerram uma ou outra, coisa idêntica ocorre em nossa linguagem, uma vez que a combinação e a divisão são essenciais para que se tenham a verdade e a falsidade. (...)*

*O nome é um som que possui significado estabelecido somente pela convenção, sem qualquer referência ao tempo, sendo que nenhuma parte dele tem qualquer significado, se considerada separadamente do todo. (...) Já dissemos que um nome tem este ou aquele significado por convenção. Nenhum som é naturalmente um nome: converte-se em um tornando-se um símbolo.<sup>85</sup>*

Como se extrai do texto acima reproduzido, para Aristóteles a análise do significado dos signos (extraídos da paixão da alma) são convenções universais forjadas numa relação entre a mente e o objeto ainda que refira, na mesma linha já vista no Crátilo de Platão, que “os nomes tem este ou aquele significado por convenção”. A diferença é que na visão aristotélica o ser humano usa os signos para falar do real.

Assim, para Aristóteles a verdade seria a correspondência entre o que se pensa e a coisa que se analisa; a adequação entre o intelecto e a coisa; *veritas est adequatio intellectus et rei*, como mais tarde sintetizaria Tomás de Aquino<sup>86</sup>, desvendando, assim, a essência das coisas. Ou seja, para Aristóteles, ao se considerar que as coisas tinham uma essência, elas passavam a ter um sentido.

<sup>85</sup> ARISTÓTELES. Da Interpretação. In: **Órganon**. Ob. cit., pp. 81 e 82.

<sup>86</sup> AQUINO, Tomás de. **Verdade e Conhecimento: tradução, estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Launad e Mario Bruno Sproviero**, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 167.



A partir de Aristóteles, portanto, os gregos indagavam-se a respeito do “ser” e consideravam que a verdade estava nele, na essência das coisas. O intelecto é que deveria adaptar-se à coisa, compreendê-la<sup>87</sup>. Na análise aristotélica, quando se faz uma afirmação a respeito de alguma coisa, essa afirmação somente será considerada verdadeira se, de fato, ela corresponder à essência da coisa. Ou nas palavras do próprio Aristóteles: “Dizer que o *que é* não é, ou que o *que não é* é, é falso, mas dizer que o *que é* é, e que o *que não é* não é, é verdadeiro.”<sup>88</sup>. Por exemplo, ao afirmar-se: “a taça é de cristal”, essa afirmação somente será verdadeira se a taça, de fato, for de cristal. Se, ao contrário, ela for feita de vidro, a afirmação é falsa. Enfim, para ser verdadeira, a afirmação deve ter uma correspondência com a coisa em si. E, como explica Lenio Streck, “é porque as coisas têm uma essência que as palavras têm sentido”, de tal forma que se “a linguagem é portadora de ambiguidade, isto se deve não apenas a uma limitação inerente ao discurso, mas também ao fato de que as coisas se não revelaram de forma cristalina”<sup>89</sup>.

Aristóteles adotou um método para conhecer a verdade, o método analítico, com as formas indutiva e dedutiva de raciocinar. Este método era o caminho para se chegar à essência das coisas. Para fazer uma correta adequação era preciso verificar o ser, apreendê-lo pelos sentidos (tato, visão, olfato, audição e paladar). E essa analítica funcionava a partir de estruturas silogísticas para construir a verdade: premissa maior, premissa menor, síntese. Dizia Aristóteles:

*Se há ou não outro método de conhecer é um assunto que será discutido mais tarde.  
Mas o nosso interesse agora é que efetivamente obtemos conhecimento pela demonstração. Por*

---

<sup>87</sup> ARISTÓTELES. **Metafísica**. Ob. cit., pp. 177-178, 1027b24-1028a2, *verbis*: Por ‘combinar ou dissociar no pensamento’ entendo pensa-los não como uma sucessão, mas como uma unidade, pois falsidade e verdade não estão nas coisas – o bom, por exemplo, sendo verdadeiro e o mau, falso – mas no pensamento; e no tocante a conceitos simples e essências, não há verdade ou falsidade nem no pensamento. Quais os pontos que devemos investigar em relação ao ser e o não ser nesse sentido, é algo a ser examinado posteriormente. Mas uma vez que a combinação e a dissociação existem no pensamento e não nas coisas, e este sentido de ser difere dos sentidos próprios (porquanto o pensamento associa ou dissocia a essência, a qualidade, a quantidade ou alguma outra categoria), podemos descartar o acidental e os sentidos verdadeiros de ser, pois a causa do primeiro é indeterminada, ao passo que a do segundo é uma afecção do pensamento; e ambas estão ligadas ao gênero remanescente de ser e não indicam nenhuma realidade objetiva.

<sup>88</sup> ARISTÓTELES. **Metafísica**. Ob. cit., p. 125, 1011b26-27.

<sup>89</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 124-125.

*demonstração entendo o silogismo científico, e por [silogismo] científico aquele em virtude do qual compreendemos alguma coisa pelo mero fato de apreendê-la.*

*Ora, se o conhecimento é o que estamos supondo que seja, o conhecimento demonstrativo tem que proceder de premissas que sejam verdadeiras, primárias, imediatas, melhor conhecidas e anteriores à conclusão e que sejam causa desta. Somente sob estas condições os primeiros princípios podem ser corretamente aplicados ao fato a ser demonstrado. O silogismo enquanto tal será possível sem tais condições, mas não a demonstração, pois o resultado não será conhecimento.<sup>90</sup>*

Nessa linha metodológica muitos autores atribuem o seguinte exemplo de silogismo a Aristóteles: “Todo homem é mortal. Sócrates é um homem. Logo, Sócrates é mortal”. No entanto, não há nenhuma passagem na obra de Aristóteles que utilize o referido exemplo e este, então, parece mais uma forma consagrada pela tradição de exemplificar o silogismo aristotélico. Jan Lukasiewicz<sup>91</sup> informa que uma variação desse famoso exemplo, com referência a “animal” ao invés de “mortal”, encontra-se em texto de Sexto Empírico (160 a. C.). Aristóteles, por sua vez, dá exemplos menos “poéticos”: “Se A se aplica a B, e B a C, A se aplica a C”<sup>92</sup>; ou, então: “Pitaco é liberal, porque aqueles que prezam a honra são liberais e Pitaco preza a honra”<sup>93</sup>.

Seja como for, para considerar válido o silogismo Aristóteles pressupunha uma premissa verdadeira. Do contrário não se atingia o conhecimento, dizia ele. Aristóteles, então, também considerava possível que o silogismo partisse de um entimema, isto é, de uma economia das premissas. Nas palavras do próprio Aristóteles:

*O entimema [é] formado de poucas premissas e em geral menos do que o silogismo primário. Porque se alguma dessas premissas for bem conhecida, nem sequer é necessário enunciá-la; pois o próprio ouvinte a supre. Como, por exemplo, para concluir que Dorieu recebeu uma coroa como prêmio da sua vitória, basta dizer: pois foi vencedor em Olímpia.<sup>94</sup>*

<sup>90</sup> ARISTÓTELES. Analíticos Posteriores. In: **Órganon**, 2ª ed., tradução de Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2010, Livro I, §2, 71b18, pp. 253-254.

<sup>91</sup> LUKASIEWICZ, Jan. **Aristotle's Syllogistic from the Standpoint of Modern Formal Logic**. Oxford: Clarendon Press, 1951, p. 01, disponível em <http://www.questia.com/read/54588614/aristotle-s-syllogistic-from-the-standpoint-of-modern>, acesso em 04 de janeiro de 2013.

<sup>92</sup> ARISTÓTELES. Analíticos Posteriores, 98b, 7. In: **Órganon**. Ob. cit, p. 339.

<sup>93</sup> ARISTÓTELES. Analíticos Anteriores, Livro II, XXVII, 70a, 25. In: **Órganon**. Ob. cit. Pp. 248-249.

<sup>94</sup> ARISTÓTELES. **Retórica**. I, 1357a.

Como se percebe do texto acima, Aristóteles considerava que se algumas premissas são “bem conhecidas” não preciso sequer enuncia-las, “pois o ouvinte as supre”. E isso é problemático notadamente quando o magistrado, mesmo dos tempos atuais, acaba tendo uma mentalidade formada pela conjugação do método silogístico aristotélico com o solipsismo cartesiano, como se verá mais adiante, na terceira parte deste trabalho.

Antes, porém, é imperioso verificar que a alternância desses discursos – entre Platão e Aristóteles, entre o dever ser e o ser – vai ser mantida também no curso da escolástica na qual “se deu o extraordinário encontro das doutrinas filosóficas gregas com a revelação judaica reinterpretada pelo cristianismo”<sup>95</sup>, com ampla colaboração para a manutenção do discurso de uma busca pela verdade real no processo penal, como se passa a expor.

## **Seção II – A influência judaico-cristã na consolidação da cultura processual penal tradicional de busca de uma verdade absoluta.**

*És tu, Senhor, quem me julga, porque ninguém conhece o que se passa no homem, a não ser o seu espírito que nele está; todavia há no homem coisas que até o espírito que nele habita ignora. Mas tu, Senhor, que o criaste, conheces todas as suas coisas.*

(...)

*Confessarei, portanto, o que sei de mim, e também o que de mim ignoro, porque o que sei de mim só o sei porque me iluminas, e o que de mim ignoro continuarei ignorando até que minhas trevas se transformem em meio-dia, em tua presença.*

(SANTO AGOSTINHO)<sup>96</sup>

Levando em conta a ampla prevalência da Igreja Católica na formação da cultura ocidental desde o período mais decisivo da chamada “queda do Império

<sup>95</sup> DROIT, Roger-Pol. Ob. cit., p. 81.

<sup>96</sup> AGOSTINHO. Santo. **Confissões**. Tradução de Alex Martins, São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 215.

Romano”, passando pela Idade Média até à modernidade como será mais bem detalhado na segunda Parte deste trabalho, não é surpresa constatar que a construção discursiva de uma “verdade absoluta” como norte do processo penal foi, em grande medida, fruto da influência da religião católico-cristã (e, implicitamente, também de sua base judaica) na formação e na condução do modo de pensar e agir da humanidade ocidental.

No prisma religioso, já em várias passagens do chamado Velho Testamento (ou Torá para os judeus), localiza-se a construção da ideia de verdade divina como verdade absoluta. Vale, por exemplo, referir, dentre inúmeras outras, às seguintes passagens: “Ele é Rocha, cuja obra é perfeita, porque todos os seus caminhos juízos são: Deus é a verdade, e não há nele injustiça, justo e recto é”<sup>97</sup>; e, também: “Ante a face do Senhor, porque vem, porque vem julgar a terra: julgará o mundo com Justiça e os povos com a sua verdade”<sup>98</sup>; ou, ainda: “A Tua Justiça é uma Justiça eterna, e a Tua lei é a verdade”<sup>99</sup>.

Com as referências evangélicas às pregações de Jesus Cristo esse discurso é ampliado. São atribuídas a Jesus, dentre outras, as seguintes reveladoras passagens bíblicas: “Conhecereis a Verdade, e a Verdade vos libertará.”<sup>100</sup>; e também: “Eu sou o Caminho, a Verdade, e a Vida”.<sup>101</sup>

Essa doutrina religiosa católico-cristã a respeito da verdade absoluta, da verdade divina que Jesus (ou Deus mesmo) representa, foi repaginada no Século V por Santo Agostinho (354 a 430 d.C.), discípulo de Santo Ambrósio<sup>102</sup> (340 a 386 d.C.), então Bispo de Milão<sup>103</sup>.

<sup>97</sup> **BÍBLIA. A.T. Pentateuco. A Tora Viva – Os cinco livros de Moisés e as Haftarot: uma nova tradução baseada em fontes judaicas tradicionais, com comentários, introdução, mapas, tabelas, gravuras, bibliografia e índice remissivo. Por Aryeh Kaplan. Tradução por Adolpho Wasserman, São Paulo: Maayanot, 2000.** Velho Testamento. Deuterônimo 32,4.

<sup>98</sup> **BÍBLIA. A.T. Pentateuco. A Tora Viva.** Ob. cit. Velho Testamento. Salmos 96,13.

<sup>99</sup> **BÍBLIA. A.T. Pentateuco. A Tora Viva.** Ob. cit. Velho Testamento. Salmos 119, Tsade, 142.

<sup>100</sup> **BÍBLIA. A.T. Pentateuco. A Tora Viva.** Ob. cit.. Novo Testamento. João, 8;32.

<sup>101</sup> **BÍBLIA. A.T. Pentateuco. A Tora Viva.** Ob. cit. Novo Testamento. João, 14;6.

<sup>102</sup> Conforme relato do próprio Agostinho. AGOSTINHO. Santo. **Confissões.** Ob. cit., p. 115 e ss.

<sup>103</sup> Vale considerar que Agostinho escreve sua obra concomitantemente ao fim do Império Romano, com o caos já instalado tanto em Roma quanto em Hipona, sua cidade natal no norte da África, ambas invadidas e saqueadas pelos “bárbaros” (conforme, dentre outros, MONTANELI, Indro. **História de Roma. Da Fundação à Queda do Império.** Tradução de Margarida Periquito. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 310. Vide, também, SUFFERT, Georges. **Tu és Pedro. Santos, papas, profetas, mártires, guerreiros, bandidos. A história dos primeiros 20 séculos da Igreja fundada por Jesus Cristo.**

Santo Agostinho construiu seu pensamento filosófico, em boa medida, a partir de uma releitura de Platão<sup>104</sup> (partindo da radical divisão entre o certo e o errado, entre “o que é” e “o que deve ser”) e, assim, praticamente “refundou” o catolicismo ao “divinizar” o discurso platônico e estabelecer a necessidade de aproximação da “cidade dos homens” (*civitas terrena*) com a “cidade de Deus” (*civitas Dei*), externada em sua famosa obra “A Cidade de Deus”<sup>105</sup>.

Em suas “Confissões” o discurso ideológico da verdade divina frente à fragilidade humana também é facilmente identificável e, séculos mais tarde (como se verá na segunda Parte deste trabalho) serviu ao mesmo propósito de uso da força – e particularmente da tortura – como meio de busca da “verdade divina” que está em tudo, e também no homem.

Das várias passagens da obra de Agostinho que poderiam merecer destaque para ilustrar essa filosofia, as seguintes são autoexplicativas:

***Deus está no homem, e este em Deus.***

(...)

*Eu nada seria, meu Deus, nada seria em absoluto se não estivesse em mim; talvez seria melhor dizer que eu não existiria de modo algum se não estivesse em ti, de quem, por quem e em quem existem todas as coisas?*<sup>106</sup>

(...)

***A verdade de Deus***

(...)

---

Tradução de Adalgisa Campos da Silva, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 87. E, ainda: BROWN, Peter. **Santo Agostinho, uma biografia**, 3ª ed., tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Record, 2005, pp. 525 e ss.). Nesse aspecto, considera-se como relevante o papel desempenhado por Santo Ambrósio. Segundo relato de Luciano de Crescenzo, Santo Ambrósio chegou a impedir o próprio imperador Teodósio de entrar numa Igreja milanesa considerando o fato de que uma semana antes este ordenara uma chacina em território grego. Noutra ocasião o mesmo Santo Ambrósio “mandou escorraçar da cúria metropolitana o imperador do Ocidente, Valentiniano II, só porque não se havia ajoelhado com a devida humildade diante do crucifixo”, tendo, assim, papel importante na independência da Igreja em relação ao Império Romano (conforme CRESCENZO, Luciano de. **História da Filosofia Medieval**. Tradução de Mario Fondelli, Rio de Janeiro: Rocco, 2006, p. 29).

<sup>104</sup> Com expressa confissão feita por Agostinho. AGOSTINHO. Santo. Ob. cit., p. 162.

<sup>105</sup> AGOSTINHO, Santo. **A Cidade de Deus: (contra os pagãos)**. Vol. I e II. Tradução de Oscar Paes Leme, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003.

<sup>106</sup> AGOSTINHO. Santo. **Confissões**. Ob. cit., p. 30.

*Confia à Verdade quanto da Verdade recebeste, e nada perderás; antes, tu podridão reflorescerá e serão curadas todas as tuas fraquezas, e serão reformadas e renovadas, estreitamente unidas a ti, tuas partes inconsistentes; e já não te arrastarão para a ladeira por onde descem, mas permanecerão contigo para sempre onde está Deus, eterno e imutável.*<sup>107</sup>

(...)

#### **O que é confessar a Deus?**

*E, para ti, Senhor, que conheces o abismo da consciência humana, que poderia haver de oculto em mim, ainda que não to quisesse confessar?*<sup>108</sup>

(...)

#### **A ignorância do homem.**

*És tu, Senhor, quem me julga, porque ninguém conhece o que se passa no homem, a não ser o seu espírito que nele está; todavia há no homem coisas que até o espírito que nele habita ignora. Mas tu, Senhor, que o criaste, conheces todas as suas coisas.*

(...)

*Confessarei, portanto, o que sei de mim, e também o que de mim ignoro, porque o que sei de mim só o sei porque me iluminas, e o que de mim ignoro continuarei ignorando até que minhas trevas se transformem em meio-dia, em tua presença.*<sup>109</sup>

(...)

#### **Invocação à verdade**

*Ó verdade, luz de meu coração, faze com que se calem as minhas trevas. Deixei-me cair nelas e fiquei às escuras; mas, mesmo do fundo desse abismo, eu te amei ardentemente. Andei errante, mas lembrei de ti. Ouvi tua voz atrás de mim, que me exortava a que voltasse; mas dificilmente podia escuta-la, por causa do tumulto de minha alma. E agora, eis que, ardente e anelante, volto à tua fonte. Que ninguém mo impeça: beberei de sua água, e assim viverei. Que não seja eu minha própria vida! Vivi mal por minha culpa, e fui a causa de minha morte. Em ti eu revivo! Fala-me, ensina-me. Creio em teus livros, e tuas palavras encerram profundos mistérios.*<sup>110</sup>

O fundamental neste ponto, não é demais reiterar, é que essa postura radical – e o próprio uso da linguagem – que aqui não estabelece meio termo e está fulcrada na

<sup>107</sup> AGOSTINHO. Santo. Ob. cit., p. 89.

<sup>108</sup> AGOSTINHO. Santo. Ob. cit., p. 211.

<sup>109</sup> AGOSTINHO. Santo. Ob. cit., p. 215.

<sup>110</sup> AGOSTINHO. Santo. Ob. cit., p. 291.

verdade divina contra a corrupção humana<sup>111</sup>, tomou como aliada a ideia do ser humano ser predestinado, o que serviu de justificativa filosófica para outros desmandos da própria Igreja Católica na manutenção do modelo processual de cunho rotulado como “inquisitório”. É como aponta Bryan Magee:

*Uma doutrina de Santo Agostinho que nunca foi oficialmente aceita pela Igreja, mas que teve conseqüências a longo prazo, e trágicas, em muitos aspectos, foi sua doutrina de predestinação. Ela baseava-se no seu conceito de que não podemos ser salvos através do exercício das nossas próprias vontades independentemente de Deus, mas que a intervenção e a graça de Deus são necessárias para a nossa salvação. As almas que vão para o Inferno são as almas por quem Deus não interveio. Por conseguinte, os condenados ao Inferno são-no por vontade de Deus.*<sup>112</sup>

Enfim, de tudo quanto se extrai da obra de Santo Agostinho é possível compreender que ele repartiu a humanidade entre dois mundos concomitantes e, também, entre “eleitos” de Deus e “condenados” ao inferno. Partindo dessa premissa Santo Agostinho dizia – como visto acima nos trechos destacados das “Confissões” – que a única verdade admitida é a verdade de Deus. Dizia, ainda, que Deus está em tudo, inclusive no homem. Assim, construiu a ideia de que o homem trazendo Deus dentro de si trazia também a verdade, não obstante muitas vezes ele não soubesse disso, não tivesse essa consciência. Era preciso, pois, “arrancar” dele essa verdade através da confissão... “para sua salvação...”.

A preocupação com o uso da palavra, dos signos e da linguagem, também foi objeto de ocupação de Santo Agostinho em “Do Mestre” (*De Magistro*)<sup>113</sup> e em “A Doutrina Cristã”, onde apresentou uma definição do “signo” como sendo “toda coisa que, além da impressão que produz em nossos sentidos, faz com que nos venha ao

<sup>111</sup> Neste sentido vide BROWN, Peter. **Santo Agostinho, uma biografia**. 3ª ed., tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 291, do qual se extrai a seguinte marcante passagem do próprio Agostinho: *Irmãos, dizei apenas isto aos donatistas: ‘Eis Agostinho (...) um bispo da Igreja católica. (...) Aquilo que aprendi a buscar acima de tudo é a Igreja católica. Não depositarei minha confiança em homem algum.*

<sup>112</sup> MAGEE, Bryan. **História da Filosofia**. Tradução de Ana Maria Pinto da Silva. Singapura: Livraria Civilização Editora, 1999, p. 52.

<sup>113</sup> AGOSTINHO, Santo. **De Magistro (Do Mestre)**. Tradução de Ângelo Ricci. In: Coleção Os Pensadores, 2ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1980, pp. 349 e ss..

pensamento outra ideia distinta”<sup>114</sup>. Essa síntese antecipa a própria percepção de Lacan sobre a linguagem: “o fundamento mesmo da estrutura da linguagem é o significante, que é sempre material e que reconhecemos em santo Agostinho no *verbum*, e o significado”<sup>115</sup>. E prossegue Lacan: “Tomados um a um, estão numa relação que parece estritamente arbitrária. Não há mais razão para chamar à girafa *girafa* e ao elefante *elefante*, do que para chamar à girafa *elefante* e ao elefante *girafa*”<sup>116</sup>. O signo que conduz a outro signo e que, assim, “é enganador, diz Santo Agostinho, porque não mantém nenhuma relação natural com a coisa”<sup>117</sup>. Lacan vai na mesma linha:

*Santo Agostinho argumenta – a palavra pode ser enganadora. Ora, por si só, o signo só pode se apresentar e sustentar na dimensão da verdade. Porque, por ser enganadora, a palavra se afirma como verdadeira. Isso para aquele que escuta. Para aquele que diz, a tapeação mesma exige inicialmente o apoio da verdade que se trata de dissimular, e à medida que ela se desenvolve, supõe um verdadeiro aprofundamento da verdade, a que, se se pode dizer, ela responde.*<sup>118</sup>

Ademais, não apenas no conceito, mas também nos exemplos utilizados por Santo Agostinho é possível evidenciar sua ideia intuitiva do “signo”, como se extrai destas passagens: “(...) por exemplo, quando vemos uma pegada, pensamos que foi impressa por animal. Ao ver fumaça, percebemos que embaixo deve haver fogo”<sup>119</sup>.

Assim, a doutrina da Igreja Católica, que sempre veio calcada na necessidade de descoberta do pecado do homem, de todos os pecados, como única forma capaz de lhe permitir a expiação e absolvição, ganhou novo fôlego. Segundo relata Michel Foucault:

<sup>114</sup> AGOSTINHO, Santo. **A Doutrina Cristã: Manual de Exegese e Formação Cristã**. Tradução de Nair de Assis Oliveira, São Paulo: Paulinas, 1991, p. 93.

<sup>115</sup> LACAN, Jacques. A verdade surge da equivocação. In: **Seminário 1. Os Escritos Técnicos de Freud**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009, p. 343.

<sup>116</sup> LACAN, Jacques. **Seminário 1. Os Escritos Técnicos de Freud**. Ob. cit., p. 343.

<sup>117</sup> GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. **Palavra e Verdade na Filosofia Antiga e na Psicanálise**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 96.

<sup>118</sup> LACAN, Jacques. **Seminário 1. Os Escritos Técnicos de Freud**. Ob. cit., p. 342.

<sup>119</sup> AGOSTINHO, Santo. **A Doutrina Cristã: Manual de Exegese e Formação Cristã**. Ob. cit., p. 85.



*Um dos teólogos da época, Alcuíno, dizia: “O que o poder sacerdotal pode absolver em termos de falta, se ele não conhece os laços que amarram o pecador? Os médicos não poderão fazer mais nada no dia em que os doentes se recusarem a mostrar suas feridas. O pecador deve pois ir ver um padre, como o doente deve ir ver o médico, explicando-lhe de que sofre e qual a sua doença.”*<sup>120</sup>

No século XIII também vai pesar para a consolidação da verdade absoluta a retomada do pensamento aristotélico de um “mundo eterno”<sup>121</sup> e a contribuição de São Tomás de Aquino, influenciado pelo próprio Santo Agostinho<sup>122</sup>. Ainda que São Tomás de Aquino tenha filosoficamente pensado a verdade a partir do que pregava Aristóteles (“verdade é a adequação das coisas e do intelecto”<sup>123</sup>), também desenvolveu, por exemplo, toda uma construção teórica em torno da verdade cristã, mesmo aquela que “ultrapassa as capacidades da razão humana”<sup>124</sup>, estabelecendo que “há somente uma verdade pela qual todas as coisas são verdadeiras”<sup>125</sup>.

Como se sabe, coube a Tomás de Aquino a tarefa de rebater os discursos que procuravam minar a religião católico-cristã vindos em grande medida da recém-inaugurada Universidade de Paris, que já contava com as traduções das obras de Aristóteles e com a consequente análise de Averroes<sup>126</sup>, considerado o maior comentarista de Aristóteles. Os professores de Paris seguiam fielmente os pensamentos de Averroes – a quem chamavam de *Comentador* e este, por sua vez,

<sup>120</sup> FOUCAULT, Michel. **Os Anormais**, Tradução de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 218.

<sup>121</sup> Sobre a influência de Aristóteles em São Tomás de Aquino vide AQUINO, Tomás de. **Verdade e Conhecimento: tradução, estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Launad e Mario Bruno Sproviero**. Ob. cit., p. 141 e ss.. Sobre a influência de Aristóteles em geral nesse período medieval vide RUBENSTEIN, Richard E. **Herdeiros de Aristóteles, como cristãos, muçulmanos e judeus redescobriram o saber da Antiguidade e iluminaram a Idade Média**. Tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

<sup>122</sup> Conforme se vê diretamente de seu texto: AQUINO, Tomás de. Ob. cit., p. 139. No mesmo sentido, de forma explicativa, vide: FORMENT, Eudaldo. **Santo Tomás de Aquino, El oficio de sabio**, Barcelona: Ariel, 2007 e, também, MATTOS, Carlos Lopes de. **Vida e Obra de Tomás de Aquino**, in Coleção Os Pensadores, São Paulo: Editora Nova Cultural, 2004, p. 6 e ss.

<sup>123</sup> AQUINO, Tomás de. Ob. cit., pp. 149 e 167.

<sup>124</sup> AQUINO, Tomás de. **Súmula contra os Gentios**. Tradução de Luiz João Baraúna, in Coleção Os Pensadores, São Paulo: Editora Nova Cultural, 2004, p. 133 e ss e, também p. 143.

<sup>125</sup> AQUINO, Tomás de. **Verdade e Conhecimento: tradução, estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Launad e Mario Bruno Sproviero**. Ob. cit., pp. 171 e ss.

<sup>126</sup> Falecido em 1198, cujos comentários da obra de Aristóteles foram igualmente traduzidos para o latim naquela mesma época.

pregava que a filosofia era um saber superior à religião e que a religião “ocupava o lugar mais baixo no conhecimento da verdade”. Ou seja, pregava o que na época ficou conhecido como “dupla verdade”: há uma verdade na fé e outra na razão e as duas seriam legítimas<sup>127</sup>. Um discurso, enfim, que lembra muito os pré-socráticos, a exemplo de Parmênides, como já destacado na seção precedente.

Em defesa da religião São Tomás de Aquino vai então discutir “se há somente uma verdade pela qual todas as coisas são verdadeiras”<sup>128</sup>, apresentando argumentos de um lado e de outro, para, ao final, fazer sua opção:

*Objeções.*

(...)

*Nada supera a mente humana a não ser Deus, como diz Agostinho; mas a verdade, como prova Agostinho no livro Soliloquiorum [De libero arbítrio II, 12], supera a mente humana, pois não se pode dizer que seja inferior: senão a mente humana poderia julgar a verdade, o que é falso. De fato, a mente não julga a verdade, mas julga segundo a verdade, como o juiz não julga a lei mas segundo a lei, como ainda diz Agostinho [De vera religione 31]. Analogamente não se pode dizer que a verdade seja igual à mente porque a alma julga todas as coisas segundo a verdade, não julga todas as coisas segundo si mesma; portanto, a verdade é precisamente Deus, e assim há apenas uma verdade.*

*Agostinho prova [LXXXIII Quaestionum q.9] que a verdade não é percebida pelos sentidos corporais: só é percebido pelos sentidos aquilo que é mutável, mas a verdade é imutável; portanto não é percebida pelos sentidos. Analogamente se pode argumentar: toda a criatura é mutável, mas a verdade não é mutável; portanto, não é uma criatura, é uma realidade incriada. Portanto há apenas uma verdade.*<sup>129</sup>

(...)

*Em contrário.*

(...)

*Como a verdade criada só pode manifestar-se ao intelecto em virtude da verdade incriada, assim toda potência na criatura só pode fazer algo em virtude da potência incriada; ora, não dizemos de modo algum que há uma única potência de todas as coisas que tem potência;*

<sup>127</sup> Conforme FORMENT, Eudaldo. **Santo Tomás de Aquino, El oficio de sabio**, Barcelona: Ariel, 2007, pp. 136-138.

<sup>128</sup> AQUINO, Tomás de. **Verdade e Conhecimento: tradução, estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Launad e Mario Bruno Sproviero**. Ob. cit., pp. 171 e ss.

<sup>129</sup> AQUINO, Tomás de. **Verdade e Conhecimento: tradução, estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Launad e Mario Bruno Sproviero**. Ob. cit., p. 175

*portanto, não se deve dizer de modo algum que haja uma única verdade de todas as coisas verdadeiras.*<sup>130</sup>

(...)

*“A verdade é a adequação da coisa e do intelecto”; mas não pode haver uma única adequação ao intelecto de coisas especificamente diferentes; portanto, sendo as coisas verdadeiras especificamente diversas, não pode haver uma única verdade de todas as coisas verdadeiras.*<sup>131</sup>

(...)

*Solução.*

*Fica claro do que foi dito que a verdade encontra-se propriamente no intelecto humano ou divino, como a saúde no animal; nas outras coisas, porém, a verdade encontra-se pela relação do intelecto, como também a saúde diz-se de algumas coisas enquanto são efetivas ou conservativas da saúde do animal. Portanto, a verdade está primeira e propriamente no intelecto divino; própria mas secundariamente no intelecto humano; nas coisas, todavia, imprópria e secundariamente, porquanto se encontra somente por relação a uma das duas verdades.*<sup>132</sup>

Com essa análise Tomás de Aquino por assim dizer “ajustou” a filosofia católica-cristã às obras de Aristóteles, dando sobrevida à pregação religiosa católico-cristã. Noutro texto, São Tomás de Aquino ainda estabeleceu a diferença entre a palavra divina e humana, apontando para a falibilidade desta última:

*A segunda diferença entre a nossa palavra e a palavra divina é que a nossa é imperfeita, enquanto o Verbo divino é perfeitíssimo. E isto porque nós não podemos expressar em uma única palavra tudo o que há em nossa alma e devemos valer-nos de muitas palavras imperfeitas e, por isso, exprimimos fragmentária e setorialmente tudo o que conhecemos.*<sup>133</sup>

Essa argumentação permitiu reforçar a base ideológica para a busca da verdade absoluta no processo penal de natureza inquisitorial da Igreja.

---

<sup>130</sup> AQUINO, Tomás de. **Verdade e Conhecimento: tradução, estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Launad e Mario Bruno Sproviero.** Ob. cit., p. 177.

<sup>131</sup> AQUINO, Tomás de. **Verdade e Conhecimento: tradução, estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Launad e Mario Bruno Sproviero.** Ob. cit., p. 179.

<sup>132</sup> AQUINO, Tomás de. **Verdade e Conhecimento: tradução, estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Launad e Mario Bruno Sproviero.** Ob. cit., p. 181.

<sup>133</sup> AQUINO, Tomás de. **Verdade e Conhecimento: tradução, estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Launad e Mario Bruno Sproviero.** Ob. cit., p. 293.

Retomam-se agora as críticas que a doutrina mais moderna de processo penal<sup>134</sup> tem ponderado em relação ao discurso da “verdade absoluta” como norte exegético do processo penal. Como já destacado no início deste Capítulo, essa doutrina moderna critica, acertadamente, o uso – e abuso – do discurso da verdade real no processo penal sob dois prismas: o histórico e o filosófico. Inicia-se pela problemática histórica.

Como se viu, a Igreja Católica conseguiu harmonizar seu discurso religioso mesmo com o antagonismo filosófico evidenciado entre o discurso platônico de Santo Agostinho e o aristotélico de São Tomás de Aquino. A unificação destes discursos pela relegitimação filosófica de São Tomás reforçou o papel da busca da “verdade divina”.

No aspecto histórico o problema reside essencialmente no quanto esse discurso já legitimou de abusos ao longo da história da humanidade, notadamente no contexto das inquisições da Igreja Católica e no uso da tortura como mecanismo de busca da confissão e consequente “descoberta” da “verdade real”. De forma mais detalhada será abordada, na Segunda Parte deste trabalho, como se deu a absorção da doutrina de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino pela Igreja, particularmente a partir dos regramentos inseridos no IV Concílio de Latrão e na Bula papal *Ad Extirpanda*, e o quanto essa doutrina permitiu o uso da tortura como forma de extração da confissão e solução de casos penais.

Assim, se o discurso da “verdade real” é aquele que legitimou os abusos de tortura nesse período da história, desconsiderar esse seu papel é também desconsiderar o perigo do retorno dessa mecânica, notadamente quando se constata a adoção, por parte de países estruturados em democracias fortes, a exemplo dos Estados Unidos, de posturas e leis para casos de suspeita de terrorismo, voltadas, de certa forma, ao modelo de busca da “verdade” a qualquer custo (sobre esse tema se retomará, mais detalhadamente, na Segunda Parte deste trabalho). Portanto, sob o

---

<sup>134</sup> *Verbi gratia*: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Ob. cit., pp. 38 e ss.; LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 566; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 332; PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 3ª ed., Niterói: Ímpetus, 2005, p. 64; KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013; CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 88.

prisma histórico, a crítica da doutrina moderna de processo penal é procedente e, por si só, já exigiria reflexões no sentido da não adoção de uma orientação exegética para o processo penal pautada pela pretensão de buscar uma verdade absoluta.

De qualquer sorte, para além do drama histórico no uso da tortura como mecanismo de obtenção da “verdade absoluta”, há também a problemática de compreensão da construção de uma filosofia da consciência, agora com Descartes e o racionalismo, que veio em resposta à pretensão de tudo justificar-se na palavra divina, como se passa a expor.

### **Seção III – O segundo “giro antropológico”: a fixação da verdade na filosofia da consciência cartesiana.**

*Certamente, o entendimento, por si só, é capaz de perceber a verdade; entretanto, deve ser ajudado pela imaginação, pelos sentidos e pela memória, a fim de não deixarmos de lado nenhuma de nossas faculdades.*  
(RENÉ DESCARTES)<sup>135</sup>

Na modernidade o homem passa a se questionar e, principalmente, passa a questionar a primazia de Deus como criador do Universo. É o período da prioridade do sujeito racional, pensante e cognoscente, caracterizando o que se denomina de um novo “giro antropológico”<sup>136</sup>. E é nesse momento, no século XVII, que René Descartes (1596-1650), movido justamente pela razão, provoca uma nova revolução no modo de pensar, sintetizado por ele mesmo em seu famoso: “*cogito, ergo suum*” (penso, logo existo):

*...adverti que, enquanto eu queria assim pensar que tudo era falso, cumpria necessariamente que eu, que pensava, fosse alguma coisa. E, notando que esta verdade, ‘eu penso, logo existo’, era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos cétricos não seriam*

<sup>135</sup> DESCARTES, René. Regras para a Direção do Espírito. In: **Descartes: obras escolhidas**. Organizadores: J. Guinsburg, Roberto Romano e Newton Cunha. Tradução de J. Guinsburg, Bento Prado Jr., Newton Cunha e Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 443.

<sup>136</sup> O primeiro “giro antropológico”, como visto acima, é considerado aquele que dividiu os “pré-socráticos” da filosofia dos Sofistas e de Sócrates e Platão.

*capazes de a abalar, julguei que podia aceitá-la, sem escrúpulo, como o primeiro princípio da Filosofia que procurava. (...) E, tendo notado que nada há no 'eu penso, logo existo', que me assegure de que digo a verdade, exceto que vejo muito claramente que, para pensar, é preciso existir, julguei tomar por regra geral que as coisas que concebemos mui clara e mui distintamente são todas verdadeiras, havendo apenas alguma dificuldade em notar bem quais são as que concebemos distintamente.*<sup>137</sup>.

Descartes inverteu a lógica aristotélica, mas, curiosamente, valeu-se do próprio método analítico de Aristóteles com a diferença de que Descartes deu primazia à racionalidade, com prevalência da razão sobre o ser. Com esse novo modelo, passou-se a conjugar as crenças em Deus com a crença no homem<sup>138</sup>, e, por via de consequência, na ciência<sup>139</sup>. E as ciências, como se sabe, têm pretensões de buscar verdades absolutas. Opera-se, então, um reforço do discurso da verdade real, não mais legitimada pela palavra de Deus, mas agora pelo homem racional e pelo método cartesiano de pesquisa. Essa, de forma declarada, também era a preocupação de Descartes:

*...por desejar então ocupar-me somente com a pesquisa da verdade, pensei que era necessário agir exatamente ao contrário, e rejeitar como absolutamente falso tudo aquilo em que pudesse imaginar a menor dúvida, a fim de ver-se, após isso, não restaria algo em meu crédito, que fosse inteiramente indubitável.*<sup>140</sup>

Sucede que, se o sentido não é mais dado pela essência das coisas, como referia Aristóteles, mas, ao contrário, é dado pelo sujeito, tem-se uma prevalência do sujeito sobre o objeto e este sujeito acaba “assujeitando” o objeto. Para bem compreender vale repetir um trecho do texto acima transcrito, no qual Descartes afirma: “julguei tomar por regra geral que as coisas que concebemos mui clara e mui

<sup>137</sup> DESCARTES, René. O Discurso do Método. In: **Descartes: obras escolhidas**. Organizadores: J. Guinsburg, Roberto Romano e Newton Cunha. Tradução de J. Guinsburg, Bento Prado Jr., Newton Cunha e Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2010, pp. 87 e 88.

<sup>138</sup> DESCARTES, René. O Discurso do Método. In: **Descartes: obras escolhidas**. Ob. cit., pp. 88 e ss..

<sup>139</sup> DESCARTES, René. A Procura da Verdade pela Luz Natural. In: **Descartes: obras escolhidas**. Ob. cit., pp. 52 e ss.. E também: DESCARTES, René. O Discurso do Método. In: **Descartes: obras escolhidas**. Ob. cit., pp. 63 e ss.. e DESCARTES, René. Meditações. In: **Descartes: obras escolhidas**. Ob. cit., pp. 151 e ss..

<sup>140</sup> DESCARTES, René. O Discurso do Método. In: **Descartes: obras escolhidas**. Ob. cit., p. 86.

distintamente são todas verdadeiras”<sup>141</sup>. Com essa forma de pensar, Descartes “cria” o sujeito solipsista, pois, para ele, o homem diz “a verdade” das coisas exclusivamente a partir do seu “consciente”, do que ele “concebe mui clara e mui distintamente”. Enfim, o ser – a “verdade” – passa a ser a expressão daquilo que o sujeito diz que ele (ou ela, a verdade) é. O homem constrói a verdade a partir de suas impressões (de suas “intuições” e “deduções”) sobre ela, através de um método sintetizado por Descartes como “infalível” para a descoberta da verdade:

*...Assim, em vez desse grande número de preceitos de que se compõe a lógica, julguei que me bastariam os quatro seguintes, desde que tomasse a firme e constante resolução de não deixar uma só vez de observá-los.*

*O primeiro era o de jamais acolher alguma coisa como verdadeira que eu não conhecesse evidentemente como tal; isto é, de evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e de nada incluir em meus juízos que não se apresentasse tão clara e tão distintamente a meu espírito, que eu não tivesse motivo algum de pô-lo em dúvida.*

*O segundo, o de dividir cada uma das dificuldades que eu examinasse em tantas parcelas quantas possíveis e quantas necessárias fossem para melhor resolvê-las.*

*O terceiro, o de conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir, pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e supondo mesmo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros.*

*E o último, o de fazer em toda parte enumerações tão completas e revisões tão gerais, que eu tivesse a certeza de nada omitir.*<sup>142</sup>

Esse método proposto por Descartes foi também acrescido de um conjunto de regras que ele julgava necessário para conhecer a verdade, conforme apresentado em sua obra “Regras para a Direção do Espírito”<sup>143</sup>. Na “Regra III” Descartes vale-se novamente do método analítico aristotélico ao estabelecer a intuição e a dedução como necessárias à aquisição da ciência:

<sup>141</sup> DESCARTES, René. O Discurso do Método. In: **Descartes: obras escolhidas**. Ob. cit., p. 88.

<sup>142</sup> DESCARTES, René. O Discurso do Método. In: **Descartes: obras escolhidas**. Ob. cit., pp. 75 e 76.

<sup>143</sup> DESCARTES, René. Regras para a Direção do Espírito. In: **Descartes: obras escolhidas**. Ob. cit., pp. 405-487.

*...vamos enumerar aqui todos os atos de nosso entendimento pelos quais podemos chegar ao conhecimento das coisas sem qualquer medo de erro. Há apenas dois: a intuição e a dedução.*

*Por intuição, entendo não o testemunho mutável dos sentidos ou o juízo enganador de uma imaginação que compõe mal seu objeto, mas a concepção de um espírito puro e atento, concepção tão fácil e distinta que nenhuma dúvida permanece sobre o que compreendemos; ou, o que é a mesma coisa, a concepção firme de um espírito puro e atento que nasce apenas da luz da razão e que, sendo mais simples, é, por conseguinte, mais segura do que a própria dedução, a qual, no entanto, não pode ser mal concebida pelo homem...*

(...)

*Em seguida, já pudemos nos perguntar por que, além da intuição, acrescentamos aqui um outro modo de conhecimento que se faz por dedução, operação pela qual entendemos tudo o que se conclui necessariamente de outras coisas conhecidas com certeza. Mas foi preciso assim proceder porque muitas coisas são conhecidas com certeza, embora elas mesmas não sejam evidentes, desde que sejam deduzidas, a partir de princípios verdadeiros e conhecidos, por um movimento contínuo ou ininterrupto do pensamento que tenha uma intuição clara de cada coisa.<sup>144</sup>*

Desta passagem se extrai que Descartes admite o uso da intuição – e da dedução – para alcançar a verdade e, mais adiante, no mesmo texto, na “Regra XII”, deixa claro considerar necessário “servir-se de todos os auxílios que se possam extrair do entendimento, da imaginação, dos sentidos e da memória, seja para ter intuição distinta das proposições simples, seja para bem compreender as coisas que se buscam com as que conhecemos, a fim de descobri-las”<sup>145</sup>.

De outra sorte, Descartes, ao fazer referência à linguagem, considerava-a como uma das “fontes do erro”, *verbis*: “LXXIV. A quarta fonte de nossos erros é que ligamos os nossos pensamentos a palavras que não os exprimem com exatidão”<sup>146</sup>.

Enfim, esse era o método considerado por Descartes como ideal para descobrir a verdade e, como dito, ele está na mesma linha do método analítico aristotélico. O problema é que ambos são apenas métodos de aproximação da verdade, e não a verdade em si como Descartes acreditava ser possível alcançar. O agravante do

<sup>144</sup> DESCARTES, René. Regras para a Direção do Espírito. In: **Descartes: obras escolhidas**. Ob. cit., pp. 412 e 413.

<sup>145</sup> DESCARTES, René. Regras para a Direção do Espírito. In: **Descartes: obras escolhidas**. Ob. cit., p. 443.

<sup>146</sup> DESCARTES, René. **Princípios da Filosofia**. 2ª ed., tradução de Ana Cotrim e de Heloisa da Graça Burati, São Paulo: Rideel, 2007, pp. 56 e 57.



método cartesiano se resume justamente no solipsismo por ele venerado, isto é, nessa possibilidade do sujeito dizer o que intui das coisas e transformar essa intuição em “verdade”. O problema se amplia ainda mais quando se constata que tanto o método aristotélico quanto o método cartesiano acabaram constituindo a forma de pensar no mundo ocidental, com forte influência ainda hoje, inclusive no estudo do direito e, em particular, do direito processual penal. Para ilustrar basta ver a atual redação do art. 239, do Código de Processo Penal, quando conceitua “indício” como prova, praticamente regravando o pensamento cartesiano:

*Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.*<sup>147</sup>

Não são raros os casos nos quais a decisão penal é pautada apenas por indícios, por vezes frágeis, inclusive, na linha cartesiana de busca da verdade. Para dizer o mínimo, é preocupante a situação na qual as premissas são inconsistentes ou mesmo questionáveis, mas são dadas como “provadas”, permitindo criar a base para a posterior indução ou dedução conclusiva.

De fato, essa prevalência do sujeito na construção da verdade é tão forte na formação do pensamento ocidental que ainda hoje se vê decisões dos Tribunais brasileiros pautadas por esse modelo constitutivo da verdade pessoal. É fácil perceber, na prática, como esse método cartesiano ainda é adotado no cotidiano dos julgamentos de casos penais por magistrados que buscam incluir em seus juízos somente o que se apresente – como dizia Descartes – “mui claro e mui distintamente”, que ele não tenha “motivo algum de duvidar dele”. Olvidam, no entanto, toda a problemática do inconsciente e dos pré-juízos de valor na seleção desta “certeza”.

Nessa constante alternância de conhecer a verdade percebe-se que todo o modo de raciocinar está limitado por uma relação sujeito-objeto. Ou seja, ou o objeto representa a verdade (ser), ou a verdade está no sujeito (dever ser). Não se desvincula dessa dupla forma de compreender (na relação sujeito-objeto).

---

<sup>147</sup> BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. Ob. cit., p. 415.

Assim, se tanto Descartes quanto Aristóteles operavam suas análises numa relação sujeito-objeto, deixavam a linguagem comunicativa em segundo plano e aí residia a falha de ambos, como se exporá mais adiante. Antes, no entanto, é preciso compreender como se desenvolveram os contrapontos à filosofia cartesiana e como ela retorna, num constante vai-e-vem de disputa filosófica entre o “ser” e o “dever-ser”, sub-repticiamente, na filosofia kantiana.

#### **Seção IV – Interseções entre o racionalismo e o empirismo na discussão da verdade.**

*Tudo que existe existe talvez porque outra coisa existe.*

*Nada é, tudo coexiste: talvez assim seja certo.*

(FERNANDO PESSOA)<sup>148</sup>

O pensamento cartesiano vai ser contraposto principalmente por autores anglo-saxões que passam a dar importância relevante às experiências em detrimento da razão, dos quais se destacaram Francis Bacon (1561-1626), Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), George Berkeley (1685-1753), David Hume (1711-1776) e Edmund Burke (1729-1797).

Destes os que merecem maior destaque na oposição à visão cartesiana são Locke e Hume.

John Locke colocou em xeque o *cogito* cartesiano afirmando que “não há princípios inatos na mente humana”<sup>149</sup> e “se considerarmos cuidadosamente as crianças recém-nascidas, teremos bem poucos motivos para crer que elas tragam consigo a este mundo muitas ideias”<sup>150</sup>. A mente seria, então, tal qual um “um papel em branco”<sup>151</sup>, uma “*tabula rasa*”<sup>152</sup>, e somente através das experiências, das sensações captadas do mundo exterior é que ela se instruiria. Locke dizia que a capacidade da

<sup>148</sup> PESSOA, Fernando. **Livro do Desassossego**. Por Bernardo Soares. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986, p. 171.

<sup>149</sup> LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Coleção Os Pensadores. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999, pp. 37 e ss..

<sup>150</sup> LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Ob. cit., p. 51.

<sup>151</sup> LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Ob. cit., p. 57.

<sup>152</sup> LOCKE, John. **Draft A do Ensaio Sobre o Entendimento Humano**. Tradução de Pedro Paulo Pimento, São Paulo: UNESP, 2013, p. 07.

mente humana de conhecer as coisas é inata, mas o conhecimento é adquirido<sup>153</sup>. O pensar dependeria, portanto, das experiências vividas e, assim, quando se pensa, se pensa a respeito de algo que se experimentou. Essa compreensão, como destacado, é contrária à ideia de Descartes para quem o pensar preexiste a tudo. Para Locke a “essência real” das coisas pertence a elas e o ser humano conhece somente a “essência nominal”, isto é, a concordância de certas ideias abstratas que permitem chamar a coisa por determinado nome<sup>154</sup>. E dá um exemplo:

*Por exemplo, a essência nominal de ouro é esta ideia complexa entendida pela palavra “ouro”, sendo isto, por exemplo, um corpo amarelo, de um certo peso, maleável, fusível e fixo. Mas a essência real é a constituição das partes insensíveis deste corpo, do qual dependem todas as qualidades e todas as outras propriedades do ouro. Até onde essas duas são diferentes, embora sejam denominadas essências, é óbvia a sua descoberta à primeira vista.*<sup>155</sup>

Locke, também deixou registrada sua compreensão da importância da linguagem como fator comunicacional, dizendo que as palavras teriam “imperfeições” consistentes na incerteza de seus significados, pois muitas vezes a palavra “não estimula no ouvinte a mesma ideia que indica na mente de quem fala”<sup>156</sup>. Referia, ainda, aos abusos no uso das palavras e na ausência de ideias claras no ser humano que representam fatores de dificuldade de comunicação<sup>157</sup>. E asseverava:

*Na verdade, a necessidade de comunicação da linguagem aproxima os homens a um acordo com respeito ao significado das palavras ordinárias com certo escopo tolerável que deve servir para a conversa cotidiana; e, deste modo, um homem não pode ser suposto totalmente ignorante das ideias que estão anexadas às palavras pelo uso ordinário na língua que lhe é familiar. Mas o uso ordinário é apenas uma regra incerta, que se reduz a si mesma, no fim, às ideias de determinados homens, provadas frequentemente pelo modelo muito variável.*<sup>158</sup>

<sup>153</sup> LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Ob. cit., p. 39.

<sup>154</sup> LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Ob. cit., p. 157 e pp. 171 e ss..

<sup>155</sup> LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Ob. cit., pp. 171-172.

<sup>156</sup> LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Ob. cit., p. 188.

<sup>157</sup> LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Ob. cit., p. 195.

<sup>158</sup> LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Ob. cit., pp. 206 e 207.

Vê-se que Locke antecipou muito do que se aperfeiçoaria de discurso, posteriormente, a respeito da linguagem como fator comunicacional. E no que concerne à “busca da verdade” Locke considerava, preliminarmente, que:

*se nosso conhecimento de nossas ideias termina nelas, e não vai além disso, onde há algo mais para ser designado, nossos mais sérios pensamentos serão de pouco mais uso que os devaneios de um cérebro louco; e as verdades construídas deste modo não pesam mais que os discursos de um homem que vê coisas claramente num sonho e com grande segurança as expressa.*<sup>159</sup>

Em seguida estabeleceu uma distinção entre o que denominou de “verdade verbal” e “verdade real”, estabelecendo que a “verdade verbal” é “aquela em que os termos são reunidos segundo o acordo ou desacordo das ideias que significam, sem tomar em consideração se nossas ideias são tais como temos realmente, ou são tais que serão capazes de ter uma existência na natureza”<sup>160</sup>. Essa “verdade verbal” conteria a “verdade real” “quando estes sinais estão reunidos segundo o acordo de nossas ideias, e nossas ideias serão capazes de ter uma existência na natureza, ao passo que em substâncias não podemos saber se realmente existiram”<sup>161</sup>.

David Hume também fez relevantes contrapontos à filosofia cartesiana. Hume inicialmente seguiu a mesma linha empirista de Hobbes, Bacon e Locke, no sentido de que as ideias se originam das experiências numa relação de causa e efeito:

*Temos dito que todos os argumentos referentes à existência se fundam na relação de causa e efeito; que nosso conhecimento daquela relação provém inteiramente da experiência; (...) Em verdade, todos os argumentos derivados da experiência se fundam na semelhança que constatamos entre objetos naturais e que nos induz a esperar efeitos semelhantes àqueles que temos visto resultar de tais objetos.*

*(...) se há alguma relação entre os objetos que visamos a apreender com perfeição, é aquela de causa e efeito. Nela se fundamentam todos os nossos raciocínios sobre as questões de fato ou*

<sup>159</sup> LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Ob. cit., p 237.

<sup>160</sup> LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Ob. cit., p. 245.

<sup>161</sup> LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Ob. cit., pp. 245-246.

*de existência. Apenas por meio desta relação podemos ter alguma segurança sobre os objetos distanciados do atual testemunho de nossa memória e dos sentidos.*<sup>162</sup>

Então, como explica Vives Antón, para Hume “as ideias de causa e efeito nascem de nossas experiências de conjunção constante entre alguns acontecimentos e outros e podem extrapolar-se, de modo meramente provável, a suposições que guardem com os observados certa semelhança”<sup>163</sup>. O problema, diz o autor, é que esse modo de compreender conduz a “dois paradoxos: um, o regresso infinito (pois a causa teria que ter, por sua vez, outra causa) e outro, o de que o mesmo princípio, que nos permite efetuar inferências prováveis, não pode nascer da probabilidade dessas inferências, pois, do contrário, seria, por sua vez, causa e efeito da probabilidade”<sup>164</sup>.

Assim, Hume incutiu dúvidas nessa relação de causa e efeito, questionando se de fato ela seria inevitável. No famoso exemplo das bolas de bilhar Hume apresentou uma análise do quanto resulta do choque das bolas. Ainda que o jogador imagine um resultado decorrente do choque das bolas na mesa de bilhar, quando elas se chocam o resultado obtido pode ser outro. Com essa análise Hume considera que o efeito de uma causa não é passível de ser necessária e mentalmente antecipado na causa. O efeito é diferente da causa e não pode ser descoberto nela, pois não está contido nela. Nas palavras do próprio Hume:

*Se qualquer objeto nos fosse mostrado, e se fôssemos solicitados a pronunciar-nos sobre o efeito que resultará dele, sem consultar observações anteriores; de que maneira, eu vos indago, deve o espírito proceder nesta operação? Terá de inventar ou imaginar algum evento*

<sup>162</sup> HUME, David. **Ensaio Sobre o Entendimento Humano**. Tradução de Anoar Aiex, créditos da digitalização: membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia) Homepage do grupo: <http://br.egroups.com/group/acropolis/>, disponível em [http://www.livrosgratis.com.br/arquivos\\_livros/cv000027.pdf](http://www.livrosgratis.com.br/arquivos_livros/cv000027.pdf), acesso em 16 de junho de 2014.

<sup>163</sup> VIVES ANTÓN, Tomás S.. **Fundamentos del Sistema Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 284. Tradução nossa. No original, em espanhol: *las ideas de causa y efecto nacen de nuestras experiencias de conjunción constante entre unos acontecimientos y otros y pueden extrapolarse, de modo meramente probable, a supuestos que guarden con los observados cierta semejanza.*

<sup>164</sup> VIVES ANTÓN, Tomás S.. **Fundamentos del Sistema Penal**. Ob. cit., pp. 284-285. Tradução nossa. No original, em espanhol: *dos paradojas: una, del regreso infinito (pues la causa habría de tener, a su vez, una causa) y otra, la de que el mismo principio, que nos permite efectuar inferencias probables, no puede nacer de la probabilidad de esas inferencias pues, de lo contrario, sería, a la vez, causa y efecto de la probabilidad.*

*que considera como efeito do objeto; e é claro que esta invenção deve ser inteiramente arbitrária. O espírito nunca pode encontrar pela investigação e pelo mais minucioso exame o efeito na suposta causa. Porque o efeito é totalmente diferente da causa e, por conseguinte, jamais pode ser descoberto nela. O movimento na segunda bola de bilhar é um evento bem distinto do movimento na primeira, já que não há na primeira o menor indício da outra.*

*(...)*

*Do mesmo modo que a imaginação inicial ou invenção de um efeito particular é, em todas as operações naturais, arbitrária se não consultamos a experiência, devemos igualmente supor como tal o laço ou a conexão entre a causa e o efeito, que une um ao outro e faz com que seja impossível que qualquer outro efeito possa resultar da operação desta causa. Quando vejo, por exemplo, que uma bola de bilhar desliza em linha reta na direção de outra, mesmo se suponho que o movimento na segunda me seja acidentalmente sugerido como o resultado de seu contato ou impulso, não posso conceber que cem diferentes eventos poderiam igualmente resultar desta causa? Não podem ambas as bolas permanecer em absoluto repouso? Não pode a primeira bola voltar em linha reta ou ricochetear na segunda em qualquer linha ou direção? Todas estas suposições são compatíveis e concebíveis. Por que, então, deveríamos dar preferência a uma que não é mais compatível ou concebível que o resto? Todos os nossos raciocínios a priori nunca serão capazes de nos mostrar fundamento para esta preferência.*

*Em uma palavra: todo efeito é um evento distinto de sua causa. Portanto, não poderia ser descoberto na causa e deve ser inteiramente arbitrário concebê-lo ou imaginá-lo a priori. E mesmo depois que o efeito tenha sido sugerido, a conjunção do efeito com sua causa deve parecer igualmente arbitrária, visto que há sempre outros efeitos que para a razão devem parecer igualmente coerentes e naturais. Em vão, portanto, pretenderíamos determinar qualquer evento particular ou inferir alguma causa ou efeito sem a ajuda da observação e da experiência.<sup>165</sup>*

Hume coloca que até se pode imaginar e prever o efeito a partir da causa, mas isso tudo é decorrente de suas próprias experiências primevas. Ou seja: acredita-se que a bola de bilhar vá produzir tal efeito ao se chocar com outra, mas só se antecipa esse efeito como resultado das próprias experiências anteriores. Gérard Lebrun explicita o problema apresentado por Hume indagando inicialmente se não se saberia, “desde sempre, que uma bola de bilhar que se acha em movimento deve ter recebido um impulso?” Ao que ele apresenta a resposta de Hume: “O problema – replicava Hume – é que não é essa a questão: o que lhe pergunto é se a simples noção de

---

<sup>165</sup> HUME, David. **Ensaio Sobre o Entendimento Humano**. Ob. cit., p. 23.

“movimento da bola” envolve já a de “impulso” e se, por mero raciocínio, antes de qualquer experiência, você poderia descobrir esta contida naquela”<sup>166</sup>.

Hume, portanto, coloca também em dúvida a forma indutiva de raciocinar e, deste modo, de se chegar à verdade. Questiona, inclusive, a respeito da certeza a respeito do nascer do sol: será que o sol vai se levantar amanhã?<sup>167</sup> Nesse sentido, observa Roger-Pol Droit, “sem dúvida podemos admitir haver uma probabilidade extremamente forte de que o sol vai mais uma vez se levantar amanhã. Mas não se pode afirmar com certeza. O que garante que o comportamento das galáxias, da maneira como vem se dando até o presente, continue, na próxima hora, de maneira rigorosamente idêntica?”<sup>168</sup> O raciocínio indutivo, portanto, é baseado em crenças e conduz a incertezas na visão de Hume. Nessa linha, “se a razão está sujeita a crenças” ela “perdia a pureza e a transparência que a metafísica lhe atribuía sem discutir”<sup>169</sup>. Ou, como refere Vives Antón, “a conexão ‘necessária’ entre a causa e o efeito se extrai de nossas experiências passadas, que colocam em evidência a conjunção constante entre uma e outra. A causalidade não radica, pois, nos objetos, mas em uma relação entre eles, em virtude da qual a mente adota o hábito de passar de um a outro”. E sintetiza: “a este hábito chamamos necessidade e, justamente nele, consiste a ‘lei’ causal”<sup>170</sup>.

Pensando desta forma, como destaca Wayne Morrison, David Hume foi o “homem que desmascarou as pretensões da razão em tornar-se a base e o guia do desenvolvimento de uma nova sociedade”<sup>171</sup> e numa visão cética do mundo colocou a razão em xeque. Nas palavras de Hume:

<sup>166</sup> LEBRUN, Gérard. **Sobre Kant**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques, Maria Regina Avelar Coelho da Rocha e Rubens Rodrigues Torres Filho, São Paulo: Iluminuras, 2012, p. 07.

<sup>167</sup> HUME, David. **Ensaio Sobre o Entendimento Humano**. Ob. cit., p. 23.

<sup>168</sup> DROIT, Roger-Pol. **Filosofia em Cinco Lições**. Tradução de Jorge Bastos, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 229.

<sup>169</sup> DROIT, Roger-Pol. Ob. cit., p. 230.

<sup>170</sup> VIVES ANTÓN, Tomás S.. **Fundamentos del Sistema Penal**. Ob. cit., pp. 284-285. Tradução nossa. No original, em espanhol: *la conexión ‘necesaria’ entre la causa y el efecto se extrae de nuestras experiencias pasadas, que ponen de manifiesto la conjunción constante entre una y otro. La causalidad no radica, pues, en los objetos, sino en una relación entre ellos, en virtud de la cual la mente adopta el hábito de pasar de uno a otro. A esse hábito llamamos necesidad y, justamente en él, consiste la ‘ley’ causal*.

<sup>171</sup> MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos Gregos ao Pós-Modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2012, pp. 121-122.

*A razão parece aqui lançada a um estado de assombro e de vacilação que, sem que ela tenha necessidade das sugestões de nenhum céptico, lhe ensina a desconfiar de si mesma e do terreno em que pisa. Visualiza uma luz clara iluminando certos lugares, mas esta luz está cercada pela mais profunda escuridão. Entre as duas, a razão fica tão ofuscada e confundida que raramente pode pronunciar-se com certeza e segurança sobre algum objeto.*<sup>172</sup>

E por desconfiar de tudo, Hume coloca em dúvida a verdade e a certeza racionais, explorando a capacidade de imaginação do ser humano:

*Não há nada mais livre do que a imaginação humana; embora não possa ultrapassar o estoque primitivo de idéias fornecidas pelos sentidos externos e internos, ela tem poder ilimitado para misturar, combinar, separar e dividir estas idéias em todas as variedades da ficção e da fantasia imaginativa e novelesca. Ela pode inventar uma série de eventos com toda aparência de realidade, pode atribuir-lhes um tempo e um lugar particulares, concebê-los como existentes e descrevê-los com todos os pormenores que correspondem a um fato histórico, no qual ela acredita com a máxima certeza. Em que consiste, pois, a diferença entre tal ficção e a crença? (...)*

*Conclui-se, portanto, que a diferença entre a ficção e a crença se localiza em algum sentimento ou maneira de sentir, anexado à última e não à primeira, que não depende da vontade e não pode ser manipulado a gosto. É preciso que a natureza a desperte como os outros sentimentos; é preciso que ela nasça da situação particular em que o espírito se encontra em cada conjuntura particular. Todas as vezes que um objeto se apresenta à memória ou aos sentidos, pela força do costume, a imaginação é levada imediatamente a conceber o objeto que lhe está habitualmente unido; esta concepção é acompanhada por uma maneira de sentir ou sentimento, diferente dos vagos devaneios da fantasia. Eis toda a natureza da crença. Visto que nossa mais firme crença sobre qualquer fato sempre admite uma concepção que lhe é contrária, não haveria, portanto, nenhuma diferença entre nosso assentimento ou rejeição de qualquer concepção, se não houvesse algum sentimento distinguindo uma da outra. Se vejo, por exemplo, uma bola de bilhar deslizar em direção de outra numa mesa polida, posso imaginar com clareza que uma parará ao chocar-se com a outra. Esta concepção não implica contradição, porém a sinto muito diferente da concepção pela qual me represento o impulso e a comunicação do movimento de uma bola a outra.*<sup>173</sup>

<sup>172</sup> HUME, David. **Ensaio Sobre o Entendimento Humano**. Ob. cit., p. 105.

<sup>173</sup> HUME, David. **Ensaio Sobre o Entendimento Humano**. Ob. cit., p. 36.



Em sua análise cética a respeito de tudo, Hume desmonta o racionalismo reduzindo-o a mero jogo de retórica, como o apresenta na seguinte passagem de seu *Tratado da Natureza Humana*:

*Tampouco é necessário um conhecimento muito profundo para se descobrir quão imperfeita é a atual condição de nossas ciências. Mesmo a plebe lá fora é capaz de julgar, pelo barulho e vozerio que ouve, que nem tudo vai bem aqui dentro. Não há nada que não seja objeto de discussão e sobre o qual os estudiosos não manifestem opiniões contrárias. A questão mais trivial não escapa à nossa controvérsia, e não somos capazes de produzir nenhuma certeza a respeito das mais importantes. Multiplicam-se as disputas, como se tudo fora incerto; e essas disputas são conduzidas da maneira mais acalorada, como se tudo fora certo. Em meio a todo esse alvoroço, não é a razão que conquista os louros, mas a eloquência; e ninguém precisa ter receio de não encontrar seguidores para suas hipóteses, por mais extravagantes que elas sejam, se for hábil o bastante para pintá-las em cores atraentes. A vitória não é alcançada pelos combatentes que manejam o chuço e a espada, mas pelos corneteiros, tamborileiros e demais músicos do exército.*<sup>174</sup>

Ou seja, para Hume a retórica é capaz de convencer qualquer um de qualquer coisa e, assim, a verdade não se extrai da razão, pois esta camufla a verdade com palavras. Não há como, para Hume, sustentar-se o mundo em verdades absolutas. É o relativismo sofista aparecendo novamente, sob outra roupagem é claro.

Esse desapego de verdades absolutas e a necessidade de se orientar pelas experiências e tradições vai exercer forte influência no direito anglo-americano. Nesse sentido, destaca Wayne Morrison, a filosofia empirista e cética de Hume permite compreender porque “os dois suportes essenciais do *common law* – a experiência e a tradição – puderam sobreviver diante do crescimento potencial do positivismo jurídico”, pois, “ao sabotar as alegações da razão, Hume permite que as alegações da experiência e da tradição sobrevivam e sejam ‘racionalmente defendidas’”<sup>175</sup>. Enfim, o mesmo Morrison resume a questão posta por Hume ao apresentar o questionamento deste a respeito da verdade: “de onde virão estas verdades?” E responde: “Hume não

---

<sup>174</sup> HUME, David. **Tratado da Natureza Humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. 2ª ed., tradução de Débora Danowski, São Paulo: UNESP, 2009, pp. 19-20.

<sup>175</sup> MORRISON, Wayne. Ob. cit., p. 123.

confia na razão pura, argumenta que tal razão não tem nada de importante a nos dizer sobre o mundo”<sup>176</sup> e com isso Hume inicia a desconstrução da ideia do eu, demonstrando que temos de contar com a experiência e a tradição “social”, e não com o individualismo metodológico”<sup>177</sup>.

Por conta dessa crítica de Hume é que Immanuel Kant (1724-1804) vai se debruçar em sua trilogia: “Crítica da Razão Pura”; “Crítica da Razão Prática” e “Crítica da Faculdade do Juízo”<sup>178</sup>. De fato, Kant foi fortemenete influenciado, de um lado, pelo racionalismo de Descartes (e também de Leibniz e Christian Wolff) e, de outro, pelo pensamento empirista de Bacon (é a ele que Kant dedica sua obra “Crítica da Razão Pura”) <sup>179</sup>, Locke<sup>180</sup> e, principalmente, como dito, ficou “incomodado” pela obra de David Hume, ao ponto de dizer, em seus “Prolegômenos”, que foi Hume quem lhe “despertou do sono dogmático”<sup>181</sup>. Kant, no entanto, critica-os e procura harmonizar<sup>182</sup> a divisão existente entre os racionalistas e os empiristas, cuja compreensão acaba retornando ao discurso da filosofia da consciência e do dever-ser.

Assim, em sua “Crítica da Razão Pura” Kant busca delimitar a possibilidade de uma “razão pura”, isto é, da razão “desligada do sensível”<sup>183</sup>, desapegada da experiência, justamente em resposta a Hume. Harmonizando os dois pólos (empirismo e racionalismo) Kant admitiu que “dúvida não há de que todo o nosso conhecimento principia pela experiência”, mas apresentou um contraponto dizendo: “porém, se todo o conhecimento se principia com a experiência, isso não prova que todo ele derive da experiência”<sup>184</sup>. Assim, se há um conhecimento independente da experiência ele se distingue do empírico, abrindo-se uma divisão entre conhecimentos *a priori* (puros, ou

<sup>176</sup> MORRISON, Wayne. Ob. cit., p. 124.

<sup>177</sup> MORRISON, Wayne. Ob. cit., p. 127.

<sup>178</sup> Como refere, dentre outros, DROIT, Roger-Pol. Ob. cit., p. 243.

<sup>179</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 13.

<sup>180</sup> Sobre a influência provocativa Locke, vide o Prefácio da Primeira Edição de Crítica da Razão Pura. KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Ob. cit., p. 16.

<sup>181</sup> O próprio Kant externa essa influência, dizendo: “*Confesso francamente: a lembrança de David Hume foi justamente o que há muitos anos interrompeu pela primeira vez meu sono dogmático e deu às minhas pesquisas no campo da filosofia especulativa uma direção completamente nova*”. KANT, Immanuel. **Prolegômenos**. Tradução de Tânia Maria Bernkopf. Coleção Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 104.

<sup>182</sup> Sobre o tema, vide, dentre outros: DUDLEY, Will. **Idealismo Alemão**. Tradução de Jacques A. Wainberg, Petrópolis: Vozes, 2013, pp. 25-26.

<sup>183</sup> Para usar a expressão de LEBRUN, Gérard. Ob. cit., p. 11.

<sup>184</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Ob. cit., p. 44.

seja, que não derivam da experiência) e *a posteriori* (que derivam da experiência)<sup>185</sup>.

Will Dudley dá um exemplo esclarecedor:

*Se os solteiros comem suficientes vegetais é uma questão empírica, que somente pode ser respondida com base na experiência. Ter-se-ia que estudar a nutrição humana e então embarcar num inquérito mundial sobre solteiros para determinar seus hábitos de alimentação. Se solteiros são casados, no entanto, é uma questão que pode ser respondida por qualquer competente falante de inglês sem qualquer outro tipo de experiência. Seria absurdo embarcar numa pesquisa sobre os solteiros do mundo para averiguar o status marital deles. “Solteiros não são casados” é, portanto, um conhecimento “a priori”, enquanto “solteiros não comem suficientes vegetais” é um “a posteriori”.*<sup>186</sup>

Então, algumas verdades não dependem de demonstração empírica, são conhecidas “a priori” e outras dependem desta demonstração.

Kant ainda traçou uma distinção entre a “coisa-em-si” (númeno) e a “coisa-em-mim” (fenômeno)<sup>187</sup>. A primeira é inacessível para mim, pois sua realidade é dela, é própria, é ôntica. Assim, a coisa que conheço não é ela mesma, mas apenas sua representação em mim: a “coisa em mim”, seu fenômeno em determinado tempo e espaço, ou seja, a coisa “afetada pela minha subjetividade”, como esclarece Julián Marías<sup>188</sup>. Assim, ainda segundo o mesmo autor, para Kant “o pensamento, ao ordenar o caos de sensações, faz as coisas”. Kant, então, também inverte a lógica aristotélica, no que ele mesmo considera ser uma descoberta equiparável à “revolução copernicana”<sup>189</sup>: se para Aristóteles a verdade era a adequação do intelecto à coisa, para Kant a verdade é a adequação da coisa ao intelecto. Ou seja: para Kant não é possível compreender a coisa-em-si, separada do ser humano, mas apenas seu fenômeno, sua representação. De resto, Kant traça uma divisão entre o saber e a crença. Se para Hume tudo não passava de crença, para Kant, como explica Droit, “os conhecimentos racionais constituídos no seio do campo da experiência” vinculam-se ao saber:

<sup>185</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Ob. cit., p. 44.

<sup>186</sup> DUDLEY, Will. Ob. cit., p. 33

<sup>187</sup> KANT, Immanuel. **Prolegômenos**. Ob. cit., p. 143.

<sup>188</sup> MARÍAS, Julián. **História da Filosofia**. Ob. cit., p. 314.

<sup>189</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Prefácio à 2ª edição, ob. cit., p. 32.

*mesmo quando se trata de uma experiência pura, como a experiência pura do espaço, para a geometria, ou a experiência pura do tempo, para a aritmética. Em contrapartida, quando saímos do campo da experiência, a razão gira no vazio, se ilude e acredita obter resultados quando apenas especula, sem certeza alguma.*<sup>190</sup>

Com essa divisão entre crença e saber o que Kant provoca é uma desnecessidade de se fixar a filosofia numa metafísica incapaz de ser demonstrada. O que se deve fazer, então, é focar na instrução e na razão.

O interessante é que, voltando para a discussão da “busca da verdade” no processo penal, ainda que se permitisse raciocinar apenas com essa filosofia kantiana, também seria possível dizer que a “verdade absoluta” é inatingível, notadamente no campo do processo penal, considerado como um mecanismo de reconhecimento de um fato pretérito por meio da produção de provas naturalmente frágeis, como, por todas, é a prova testemunhal (a mais usada das provas). Com efeito, raciocinando dentro deste prisma filosófico kantiano, especialmente quanto à referida prova testemunhal, é possível dizer que toda vez que alguém “abre a boca” para se referir a algum fato passado, já não é mais o fato em si (númeno), mas sim uma representação dele (fenômeno), uma imagem do fato, um fragmento, uma versão deste fato impressa na mente da pessoa, mas nunca ele mesmo. É como diz Andrés Ibáñez: “Quando os fatos adquirem relevância processual já não existem mais como tais, pertencem ao passado. (...) Em consequência não é de fatos em sentido ontológico, senão de enunciados sobre fatos do que se trata no processo”<sup>191</sup>. A “verdade absoluta”, portanto, seria ôntica, inatingível. Ou ainda: tem-se a verdade da coisa-em-si (numênica e inatingível) e a verdade fenomênica, de linha igualmente solipsista.

Seja como for, com essa forma de compreender o mundo Kant é considerado como o precursor de um movimento filosófico denominado de “idealismo alemão”, em contraposição ao realismo empirista que o precedia. De fato, os filósofos alemães pós-Kant (notadamente Fichte, Schelling e Hegel – e até mesmo Schopenhauer<sup>192</sup>), que

<sup>190</sup> DROIT, Roger-Pol. Ob. cit., p. 248.

<sup>191</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Valoração da Prova e Sentença Penal**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 37.

<sup>192</sup> Vide, dentre outros, DUDLEY, Will. Ob. cit., pp. 76 e ss..

dão corpo a esse “idealismo alemão”, iniciam suas filosofias apresentando-as como “interpretações de Kant”<sup>193</sup>.

Mas o que interessa para a discussão da verdade nessa linha kantiana e do idealismo alemão é que mais uma vez se retorna à dualidade do discurso: ou a verdade está na coisa ou está em mim (ou está em ambos). Ser e dever-ser continuam se apresentando em constante alternância desde os gregos antigos, fazendo-se presente também na filosofia kantiana. A discussão – ao menos até aqui – não escapa dessa relação “sujeito-objeto”. Essa mistura do racionalismo e do empirismo, somada à evolução das ciências naturais, no entanto, abriu espaço para uma nova crítica e uma nova corrente filosófica: o positivismo, o qual, por sua vez, servirá de alicerce para o desenvolvimento de duas importantes concepções a respeito do ser e da linguagem, como se passa a expor.

## **Seção V – A emergência da Psicanálise e da Semiologia a partir do Positivismo naturalista: abrindo caminhos para novas perspectivas da verdade.**

*Cansada de observar-se na corrente  
Que os acontecimentos refletia,  
Reconcentrando-se em si mesma, um dia,  
A Natureza olhou-se interiormente!*

*Baldada introspecção! Noumenalmente  
O que Ela, em realidade, ainda sentia  
Era a mesma imortal monotonia  
De sua face externa indiferente!*

*E a Natureza disse com desgosto:  
"Terei somente, porventura, rosto?!"  
"Serei apenas mera crusta espessa?!"*

*"Pois é possível que Eu, causa do Mundo,  
"Quanto mais em mim mesma me aprofundo,  
"Menos interiormente me conheça?!"*

---

<sup>193</sup> MARÍAS, Julián. **História da Filosofia**. Ob. cit., p. 327.

(AUGUSTO DOS ANJOS)<sup>194</sup>

Fruto em grande parte do racionalismo iluminista pós-Revolução Francesa e como uma espécie de reação ao idealismo alemão do início do século XIX, em meados do mesmo século desponta um movimento filosófico que será considerado um misto de positivismo e naturalismo, operante como novo paradigma<sup>195</sup> de pensamento deste período<sup>196</sup>.

O positivismo encontra no avanço das ciências naturais (notadamente a física, a química e a biologia) campo fértil para sua expansão<sup>197</sup>, promovendo, como refere Abbagnano, uma “exaltação romântica da ciência” a tal ponto de vir a ser por ele chamada de uma nova “religião autêntica” e, nessa medida sendo considerada como “único fundamento possível da vida humana individual e social”<sup>198</sup>.

Apostando que o conhecimento se dá através das experiências e respectivas descrições e análises a ciência passa a ser fonte de explicação para todos os fenômenos. Metodologias e sistemas passam a ser importantes para a compreensão das coisas e prega-se um forte discurso de neutralidade<sup>199</sup> da ciência e da obtenção de certezas (de “verdades”) absolutas (com a criação de leis universalmente válidas).

O método de descoberta destas “verdades absolutas”, por excelência, passou a ser baseado na experiência e na verificação e demonstração das hipóteses, ou seja, um método causal-explicativo. Um retorno ao empirismo de Locke, ou seja, um retorno

<sup>194</sup> ANJOS, Augusto dos. *Natureza Íntima*. In: **Outras Poesias, Obra Completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994, p. 317.

<sup>195</sup> Para emprestar o consagrado termo cunhado por KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

<sup>196</sup> Sobre o tema, vide, dentre outros: SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Um Discurso Sobre as Ciências**. 5ª ed., São Paulo: Cortez, 2008, pp. 33 e ss..

<sup>197</sup> Vide, dentre outros, LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed., tradução de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, pp. 45 e ss..

<sup>198</sup> ABBAGNANO, Nicola. **História da Filosofia. Volume 09**. 4ª ed., tradução de Armando da Silva Carvalho e António Ramos Rosa, Lisboa: Editorial Presença, 2000, p. 70.

<sup>199</sup> Desde Francis Bacon (1561-1626), contemporâneo de Descartes, prega-se um discurso de neutralidade, de desapego aos preconceitos, *verbis*: *LII - Tais são os ídolos a que chamamos de ídolos da tribo, que têm origem na uniformidade da substância espiritual do homem, ou nos seus preconceitos, ou bem nas suas limitações, ou na sua contínua instabilidade; ou ainda na interferência dos sentimentos ou na incompetência dos sentidos ou no modo de receber impressões*. BACON, Francis. **Novum Organum ou Verdadeiras Indicações Acerca da Interpretação da Natureza**. Tradução e notas: José Aluysio Reis de Andrade, versão digital disponível em <http://www.psb40.org.br/bib/b12.pdf>, créditos da digitalização: membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia). Homepage do grupo: <http://br.egroups.com/group/acropolis/>, acesso em 16 de junho de 2014.

ao “ser” e um afastamento do “dever-ser”. A recorrente dualidade mais uma vez presente, agora no contraponto ao discurso idealista kantiano. Enfim, a preocupação científica da época permite inclusive compreender que não é à toa que o discurso sistemático do processo penal, ou seja, a preocupação de se pensar o processo penal como ciência vai ser estruturada nesse período, ainda que isso ocorra de forma, digase, um tanto “forçada”, como se verá na Segunda Parte mais adiante.

Auguste Comte (1798-1857) com seu “Curso de Filosofia Positiva”<sup>200</sup>, de 1830, e Charles Darwin (1809-1882) com seu famoso livro “A Origem das Espécies”, de 1859<sup>201</sup>, aparecem lado a lado<sup>202</sup> como significativos precursores dessa concepção paradigmática revelada no pensamento da segunda metade do século XIX.

Essa compreensão de que tudo pode ser estudado, verificado, demonstrado e explicado vai influenciar também o estudo dos signos (e, assim, da linguagem) e do ser humano. Ou seja, o método de causa-efeito serviu também para desenvolver a semiótica e estudar o comportamento humano. Estes novos estudos que objetificam a linguagem e o inconsciente, como se verá mais adiante, também representarão novas perspectivas de discussão da verdade, seja no campo da nascente filosofia da linguagem, seja no campo da igualmente nova Psicanálise, seja, inclusive e principalmente, na interseção entre estes dois ramos do conhecimento humano.

No campo do estudo dos signos e da linguagem dois importantes autores surgem nesse período: o norte-americano Charles Sanders Peirce (1839-1914) e sua semiótica e o suíço Ferdinand Saussure (1857-1913) e sua semiologia. Não que “semiótica” e “semiologia” sejam termos que representem análises assim tão díspares, mas foram as terminologias respectivamente adotadas<sup>203</sup>.

<sup>200</sup> COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de José Arthur Gianotti, São Paulo: Abril Cultural, 1978.

<sup>201</sup> DARWIN, Charles. **A Origem das Espécies**. Tradução de André Campos Mesquita, São Paulo: Larousse, 2009.

<sup>202</sup> Como refere John Kelly, “Comte escreveu numa época em que a evolução biológica estava no ar; e, embora tenha morrido antes de a grande obra de Darwin ser publicada, propôs a ideia de que a sociedade se desenvolvia e mudava em resposta a certas leis análogas aos princípios biológicos que governam o desenvolvimento das espécies individuais” (KELLY, John M. **Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 437)

<sup>203</sup> A respeito dessas duas terminologias, Winfried Nöth, professor de linguística e semiótica e diretor do Centro Interdisciplinar de Estudos Culturais da Universidade de Kassel, explica: *Nomes específicos para designar essa ciência geral dos signos surgiram relativamente tarde. Entre eles, os termos semiótica e semiologia se firmaram como as designações mais conhecidas para a ciência do*

Como explica Lúcia Santaella, Peirce “tomou a si a tarefa de criar uma lógica das ciências, fundar uma nova metodologia das ciências que fosse capaz de responder aos desafios do desenvolvimento científico”<sup>204</sup>. Elaborou, então, uma forte crítica ao método cartesiano e o substituiu por “um conceito absolutamente original em toda a história da filosofia, o conceito do pensamento como signo, isto é, do signo como corporificação do pensamento”<sup>205</sup>. Justus Buchler refere que nesse percurso Peirce acabou construindo “seu próprio empirismo, no qual o falibilismo substituiu o ceticismo e o pragmatismo substituiu o positivismo”<sup>206</sup>.

Mas no que concerne às suas influências e estudos, é o próprio Peirce quem – em prática não muito usual e, de certa forma, até egocêntrica – se apresenta ao leitor de sua obra, em introdução intitulada “A Respeito do Autor”, na qual se autoelogia destacando suas inúmeras qualidades pessoais e intelectuais por ocasião da

---

*signo, às vezes como sinônimos, às vezes como rivais terminológicos. Alternativas terminológicas, tal como semasiologia, sematologia ou semologia caíram em desuso. Também caiu em desuso um antigo sentido do conceito de semiótica ligado à sinalização militar, embora, no Novo Dicionário Aurélio (edição de 1975), encontra-se ainda a seguinte definição de semiótica: “arte de comandar manobras militares por meio de sinais, e não de voz”. Tanto o termo semiótica quanto o termo semiologia têm as raízes de suas constituintes iniciais e principais nas palavras gregas semeion, ‘signo’, e sema, ‘sinal’, ‘signo’. Tal como a gramática e a aritmética ou a biologia e a filologia, que são campos de estudos de diversas áreas de conhecimento humano, a semiótica e a semiologia, nas suas origens, são os campos de estudo dos signos e dos sinais. (...) Um breve resumo de várias opiniões sobre o assunto é o seguinte: (1) Quem fala de semiótica se enquadra na tradição da teoria geral dos signos, especialmente de Charles Sanders Peirce, ao passo que os que preferem o conceito de semiologia se vêem na tradição semio-lingüística de Ferdinand de Saussure. (2) Enquanto a semiótica é a ciência geral dos signos, que inclui o estudo dos signos da natureza não humana, a semiologia é uma ciência humana que vai além da lingüística, estudando fenômenos trans-lingüísticos (textuais) e códigos culturais. (3) Em Hjelmslev, encontra-se a concepção de que a semiologia é uma metasemiótica que contém uma teoria dos mais diferentes sistemas de signos. Estes, por sua vez, são definidos como “semióticas”. (4) Semiótica e semiologia são sinônimos. Uma certa preferência do termo semiologia nada mais indica senão a proveniência do autor de um país de fala românica. Um argumento de purismo lingüístico, que se ouviu na França nos anos de 1970, era que o conceito de semiologia é uma melhor tradução do termo inglês semiotics para as línguas romanas e, por isso, é preferível ao termo semiótica, por um motivo puramente estilístico. No início do século XXI, todas as distinções entre semiótica e semiologia esboçadas acima parecem coisas do passado. A semiótica internacional se desenvolveu sem as restrições propostas por aqueles que acharam uma divisão entre semiótica e semiologia necessárias. No Brasil, por exemplo, há programas de estudos semióticos, mas não de estudos semiológicos. Porém, o progresso da pesquisa feito sob o nome de semiótica não invalida aqueles feitos em décadas anteriores sob o nome de semiologia. NÖTH, Winfried. Semiótica e Semiologia: os conceitos e as tradições. In: **Com Ciência – Revista Eletrônica de Jornalismo Científico**, edição de 10 de março de 2006. Disponível em <http://comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&edicao=11&id=82&tipo=1>, acesso em 20 de junho de 2014.*

<sup>204</sup> SANTAELLA, Lucia. **O Método Anticartesiano de C. S. Peirce**. São Paulo: Unesp, 2004, p. 23.

<sup>205</sup> SANTAELLA, Lucia. Ob. cit., p. 24.

<sup>206</sup> BUCHLER, Justus. *Introduction*. In: **Philosophical Writings of Peirce**. New York: Dover Publications, 1955, p. IX. Tradução nossa. No original, em inglês: *...he constructed his own empiricism, in which fallibilism replaces scepticism and pragmatismo replaces positivism.*



publicação de seus escritos, dizendo, dentre inúmeras outras descrições de sua formação pessoal, que ele foi treinado em laboratório de química, porém tem seus fundamentos não apenas em tudo aquilo que era sabido por físicos e químicos, mas também na forma pela qual os avanços do conhecimento aconteciam em seu tempo. Peirce ainda esclarece que prestou muita atenção aos métodos e conviveu muito proximamente com “as grandes mentes das ciências físicas de nossos tempos”<sup>207</sup>.

O que se vê, portanto, é que Peirce foi fortemente influenciado por todo o movimento positivista naturalista, e ainda que possa ter posteriormente abandonado seus métodos e crenças (para substituí-los por métodos próprios, como referido acima), é fato que transformou o signo em objeto de detalhado estudo científico, como se verá mais a frente.

Ferdinand de Saussure, por sua vez, contemporâneo de Peirce e sem conhecê-lo, também trabalhou com sistematização e organização classificatória dos signos e da linguagem. Sua obra de referência, na verdade, é fruto de anotações de seus alunos do quanto ele lecionou no Curso de Linguística Geral ministrado entre 1907 e 1911, e foi publicada somente em 1916, três anos após sua morte<sup>208</sup>. Neste curso o próprio Saussure indica que foi a partir da obra de Franz Bopp, intitulada “Sistema da Conjugação do Sânscrito”, publicada em 1816, na qual Bopp fazia uma comparação entre a língua sânscrita e certos idiomas europeus, que “se pôde compreender que as relações entre as línguas parentes podiam converter-se em matéria de uma ciência autônoma”<sup>209</sup>. Porém, critica Saussure, não obstante essa escola tenha tido o “mérito de abrir um campo novo e fecundo” ela “não chegou a constituir a verdadeira ciência linguística”, pois “nunca se preocupou em isolar a natureza de seu objeto de estudo”. E, como refere Saussure, “sem essa operação elementar, uma ciência é incapaz de procurar-se um método”<sup>210</sup>. Ou seja, como se vê do texto do próprio Saussure, a influência do discurso científico positivista na elaboração de seus estudos de sua semiologia é igualmente marcante.

<sup>207</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Concerning the Author*. In: BUCHLER, Justus. ***Philosophical Writings of Peirce***. New York: Dover Publications, 1955, pp. 01-04..

<sup>208</sup> DEPECKER, Loïc. **Compreender Saussure a Partir dos Manuscritos**. Tradução de Maria Ferreira, Petrópolis: Vozes, 2012, p. 11.

<sup>209</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. Tradução para o espanhol de Mauro Armijo, Madrid: Akal, 2009, pp. 24-25.

<sup>210</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., p. 27.

Portanto, em síntese suficiente para este momento a respeito das influências de seu tempo na elaboração da semiologia e da semiótica, é possível dizer que tanto Peirce quanto Saussure trabalharam o estudo dos signos a partir de categorias classificatórias, com premissões científicas e a partir de bases empíricas. Pela importância destes autores na estruturação do que décadas mais tarde viria a ser chamado de “Filosofia da Linguagem”, e também na compreensão de aspectos centrais da futura Psicanálise lacaniana, ambos serão abordados de forma mais detalhada no próximo capítulo.

Em paralelo aos estudos de semiótica e semiologia também vão despontar nesse mesmo período estudos empíricos da natureza humana que permitirão o surgimento da Psicologia e da Psicanálise. Deve-se igualmente levar em conta que isto também envolvia o discurso que era a representação do *espírito de seu tempo*: *Zeitgeist*, pois, se a época, como explica Abbagnano, era “propícia a uma teoria do progresso que não o restringisse ao destino do homem no mundo, mas sim o estendesse ao mundo inteiro, na totalidade de seus aspectos”, esse “clima do positivismo iria estimular poderosamente a tendência da Psicologia a constituir-se como ciência positiva e rigorosa, análoga às ciências naturais”<sup>211</sup>.

Foi nesse contexto que Herbert Spencer publicou, em 1855, sua obra “Princípios da Psicologia” e, depois, Wilhelm Wundt publicou seus “Princípios de Psicologia Fisiológica” em 1874<sup>212</sup>, onde desenvolveram a Psicologia como ciência autônoma<sup>213</sup>.

Spencer chegou a classificar a Psicologia em “psicologia objetiva que estuda os fenômenos psíquicos no seu substrato material” e uma “psicologia subjetiva, fundada na introspecção que ‘constitui uma ciência completamente à parte, única no seu gênero, independentemente oposta a cada uma delas’<sup>214</sup>.

Já Wundt teve o mérito de dar impulso à Psicologia experimental, como refere Abbagnano, sendo o primeiro a sistematizar esse estudo no que ele denominou de “Psicologia sem alma”, ou seja, uma “Psicologia que estuda os fenômenos psíquicos prescindindo de qualquer pretensa substância espiritual, considerando-os em estreita

<sup>211</sup> ABBAGNANO, Nicola. Ob. cit., p. 122 e p. 146.

<sup>212</sup> ABBAGNANO, Nicola. Ob. cit., p. 146.

<sup>213</sup> STERNBERG, Robert J. **Psicologia Cognitiva**. Tradução da 5ª edição norte-americana por Anna Maria Dalle Luche e Roberto Galman. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 05.

<sup>214</sup> ABBAGNANO, Nicola. Ob. cit., p. 127.

relação com os fenômenos fisiológicos e servindo-se da experiência como instrumento de investigação”<sup>215</sup>. A influência do positivismo naturalista era tanta que Wundt afirmava que “o objetivo primordial da Psicologia experimental é fazer uma descrição exata da consciência”<sup>216</sup>. A consciência, então, foi vista e considerada como objeto de estudo científico.

Esse campo foi propício para que o jovem médico neurologista Sigmund Freud, também influenciado pelas descobertas de Darwin, como se vê particularmente do modo que desenvolveu já em 1913, seu texto “Totem e Tabu”<sup>217</sup>, realizasse estudos e experimentos que lhe conduziram a identificar algo além da consciência: o inconsciente.

A influência das ciências naturais e do positivismo na evolução da Psicologia como ciência e do próprio surgimento da Psicanálise freudiana é claramente evidenciada por Peter Gay, biógrafo de Freud, quando esclarece como Freud, em 1875, acabou tendo contato com o empirismo anglo-saxão e seus respectivos textos científicos:

*Em 1875 Freud viajou a Manchester para fazer uma visita aos seus meio-irmãos. Desde sua infância Freud lia e apreciava bastante a literatura inglesa. Ao retornar de sua viagem, Freud trouxe em sua bagagem mais do que souvenirs e recordações agradáveis, havia entrado em contato com vários livros científicos ingleses: Tyndall, Huxley, Lyell, Darwin, Thomson, Lockyer, etc. Além disso, o empirismo inglês e sua aversão à metafísica o haviam encantado, e ajudado a afastar seus interesses das especulações filosóficas. Em seu retorno à universidade, concentrou-se em seu trabalho no laboratório de Carl Claus – que era um dos mais eficientes e prolíficos divulgadores de Darwin em língua alemã. Foi por essa época, sob a tutela de Carl, que Freud viajou ao mediterrâneo para pesquisar as gônadas das enguias, tendo dissecado um número enorme delas. A busca das gônadas da enguia contribuiu para ensinar a Freud a observação paciente e exata, o tipo de atenção concentrada que mais tarde julgaria tão indispensável ao ouvir seus pacientes.*<sup>218</sup>

<sup>215</sup> ABBAGNANO, Nicola. Ob. cit., p. 146.

<sup>216</sup> Conforme COLLIN, Catherine *et al.* **O Livro da Psicologia**. Tradução de Clara M. Hermeto e Ana Luisa Martins, São Paulo: Globo, 2012, p. 36.

<sup>217</sup> FREUD, Sigmund. Totem e Tabu. In: **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 13. Totem e Tabu e outros trabalhos (1913-1914)**. Tradução sob a direção de Jayme Salomão, Rio de Janeiro: Imago, 1996.

<sup>218</sup> GAY, Peter. **Freud: Uma Vida para o Nosso Tempo**. Tradução de Denise Bottmann, São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 46.

Peter Gay ainda prossegue esclarecendo o quanto o positivismo de Ernest Wilhelm Von Brücke, professor de medicina de Freud, em Viena, foi relevante na estruturação das ideias freudianas:

*A filosofia da ciência de Brücke foi tão formativa para Freud quanto seu profissionalismo. Era um positivista por temperamento e convicção. O positivismo não era tanto uma escola organizada de pensamento, e sim uma atitude difusa em relação ao homem, à natureza e aos métodos de investigação. Seus partidários tinham a esperança de trazer o programa das ciências naturais, suas descobertas e métodos, para a investigação de todo o pensamento e ação humanos, públicos e privados. Típico dessa tendência intelectual é que Auguste Comte, o profeta do positivismo do começo do século XIX em sua forma mais extremada, tenha considerado possível dar bases sólidas ao estudo do homem em sociedade, inventando o termo “sociologia” e definindo-a como uma espécie de física social. Nascido do iluminismo do século XVIII, rejeitando a metafísica de maneira apenas ligeiramente menos categórica do que a teologia, o positivismo havia prosperado no século XIX, com as vitórias espetaculares da física, da química, da astronomia – e da medicina. Brücke era seu representante mais eminente em Viena.<sup>219</sup>*

Paul-Laurent Assoun também explica essa influência e esclarece a obstinação de Freud em considerar a Psicanálise como pertencente à família das “ciências da natureza”, dizendo que “foi sob o signo do ‘espírito do rigor’ das ‘ciências naturais’ que a Psicanálise foi fundada”<sup>220</sup>.

E ao longo dos textos de Freud fica clara a preocupação em dar à Psicanálise o mesmo *status* de uma ciência da natureza, como se vê, por exemplo, nessa passagem de “Conferências Introdutórias à Psicanálise”, em 1916:

*No decorrer dos tempos, a humanidade teve de tolerar dois grandes insultos a seu ingênuo amor-próprio, por parte da ciência. O primeiro, quando descobriu que nossa Terra não é o centro do universo, e sim uma ínfima partícula de um sistema cósmico cuja grandeza mal se pode imaginar. Essa afronta se liga, para nós, ao nome de Copérnico, embora já a ciência alexandrina tivesse anunciado coisa semelhante. O segundo, quando a pesquisa biológica aniquilou a suposta prerrogativa humana na criação, remetendo a descendência dos homens ao reino*

<sup>219</sup> GAY, Peter. Ob. cit., p. 48.

<sup>220</sup> ASSOUN, Paul-Laurent. **Freud e as Ciências Sociais. Psicanálise e Teoria da Cultura**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet, São Paulo: Edições Loyola Jesuítas, 2012, p. 33.

*animal e apontando o caráter indelével de sua natureza animalesca. Essa reavaliação ocorreu em nossos dias sob a influência de Darwin, Wallace e de seus predecessores, não sem enfrentar a mais veemente oposição dos contemporâneos. O terceiro e mais sensível insulto, no entanto, a mania de grandeza humana deve sofrer da pesquisa psicológica atual, que busca provar ao Eu que ele não é nem mesmo senhor de sua própria casa, mas tem de satisfazer-se com parcas notícias do que se passa inconscientemente na sua psique. Nós, psicanalistas, não fomos os primeiros nem os únicos a exortar o autoexame, mas parece que cabe a nós defendê-lo com a máxima insistência e sustentá-lo com material empírico ao alcance de todos.*<sup>221</sup>

Essa preocupação persiste ao longo de sua obra e é retomada, anos mais tarde, já em 1933, por ocasião das “Novas Conferências”:

*Se esta é a natureza de uma visão de mundo, a resposta é fácil, no que toca à psicanálise. Enquanto ciência específica, um ramo da psicologia – uma psicologia da profundidade ou psicologia do inconsciente –, ela é totalmente inadequada para criar uma visão de mundo própria, deve aceitar aquela da ciência. (...) o intelecto e a psique são objetos da investigação científica, exatamente como qualquer outra coisa não humana.*<sup>222</sup>

O fato é que essa preocupação metodológica e empírica de pretender explicar tudo a partir da verificação e demonstração de causas e efeitos também permitiu que Freud, inicialmente, como dito, um médico preocupado com Neurociência, pudesse ter o *insight* experimental que o levou a desenvolver o conceito de inconsciente e, assim, praticamente fundasse a Psicanálise. As ações humanas, portanto, passaram a ser explicadas também pelo método causal-explicativo, ou seja, para Freud todos os atos (sejam os atos externos, sejam os pensamentos, ideias, angústias, traumas, sonhos, etc.) decorrem de alguma causa, inclusive inconsciente.

Enfim, a emergência das ciências do ser passa a abrir dois caminhos para explorar novas concepções de verdade e não há mais como desconsiderar as influências da Psicanálise e da linguagem nessa avaliação. Assim, ambas podem ser

<sup>221</sup> FREUD, Sigmund. A Fixação do Trauma, o Inconsciente. Conferências Introdutórias à Psicanálise. In: **Obras Completas, Volume 13. Conferências Introdutórias à Psicanálise (1916-1917)**. Tradução de Sérgio Tellaroli, São Paulo: Companhia das Letras, 2014, pp. 380-381.

<sup>222</sup> FREUD, Sigmund. Acerca de uma Visão de Mundo. Novas Conferências Introdutórias à Psicanálise. In: **Obras Completas, Volume 18. O Mal Estar na Civilização, Novas Conferências Introdutórias à Psicanálise e Outros Textos (1930-1936)**. Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 322-323.

consideradas “filhas” desse positivismo-naturalista. E o interessante é que, não obstante neste momento do século XIX estes dois caminhos se apresentem como “distintos” – cada um a seu modo, sem interação e com objetos aparentemente não convergentes –, seus destinos se cruzaram em meados do século XX, com as obras de Heidegger, Gadamer e Lacan. De fato, Heidegger e principalmente seu discípulo Gadamer provocaram uma nova compreensão da verdade, numa hermenêutica filosófica que prima pela circularidade da compreensão, através da linguagem, levando em conta que o homem é um ser-no-mundo, temporal e finito. Lacan, por sua vez, conseguiu, a partir da identificação do inconsciente freudiano, e fortemente influenciado pela semiologia de Saussure, interrelacionar a Filosofia da Linguagem com a Psicanálise, compreendendo que também o inconsciente é constituído como linguagem. Assim, do casamento destas duas linhas surge um novo “giro linguístico” na compreensão do mundo, como se verá mais adiante.

## **Capítulo II – A Psicanálise como primeiro caminho divergente: contribuição da dialética do pulsional na elaboração do inconsciente freudiano.**

*Só há um ver em perspectiva, um conhecer em perspectiva; mais deixamos afetos tomar a palavra a respeito de outra coisa, mais sabemos dar-nos olhos, olhos diferentes para essa mesma coisa, e mais nosso 'conceito' dessa coisa, nossa 'objetividade' serão completos. Mas eliminar a vontade em geral, suprimir inteiramente as paixões - supondo que isso fosse possível – como? Isso não significaria castrar o intelecto? (FRIEDRICH NIETZSCHE)<sup>223</sup>*

Não obstante a Psicanálise freudiana tenha sido fortemente influenciada pelo positivismo naturalista, como se viu acima, há também outras importantes referências da filosofia a serem levadas em conta na elaboração do pensamento de Freud e que merecem ser aqui avaliadas nessa trajetória de compreensão de como o discurso de “busca da verdade real” está equivocado em servir de norte para o processo penal.

Assim, para compreender melhor a maneira pela qual Freud elaborou suas ideias a respeito do inconsciente também é importante analisar como ele foi igualmente influenciado pelas filosofias contrapostas de Schopenhauer (1788-1860) e Nietzsche (1844-1900), e identificar como elas forneceram amplas bases para o aperfeiçoamento de sua “nova ciência”.

A respeito destes dois importantes filósofos é bom que se diga que Schopenhauer se encontra, cronologicamente, numa espécie de transição entre o idealismo alemão e o positivismo naturalista, ao passo que Nietzsche já é contemporâneo do discurso positivista naturalista e do próprio Freud (1856-1939). Seja como for, ambos são filósofos que, pelas suas particulares abordagens, ficam à margem dessas classificações. Serão, no entanto e como destacado, juntamente com a influência positivista naturalista de análise do “ser”, isto é, de enxergar o ser humano

---

<sup>223</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **A Genealogia da Moral**. 3ª ed., tradução de Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, 2009, III, §12, p. 133.

como objeto de investigação empírico-científica, fortes contributos à compreensão freudiana do inconsciente.

Com efeito, a certeza solipsita cartesiana também foi questionada, agora no contexto daquilo que se pode denominar, emprestando a expressão de Enrique Dussel<sup>224</sup>, de “dialética do pulsional”, identificada entre Schopenhauer, Nietzsche e Freud (e, depois, complementada por Lacan), ao longo da segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX. Assim, para compreender a complexidade que envolve o tema da “busca da verdade” no processo penal, e também como – e por que – insistir na “filosofia da consciência” expressada pelo *cogito* cartesiano possa ser equivocado, é imprescindível bem compreender o que resulta dessa chamada “dialética do pulsional” como premissa interpretativa do inconsciente e de sua influência na elaboração da “verdade”.

## Seção I – Premissas schopenhauerianas.

*No alheamento da obscura forma humana,  
De que, pensando, me desencarcero,  
Foi que eu, num grito de emoção, sincero  
Encontrei, afinal, o meu Nirvana!*

*Nessa manumissão schopenhauereana,  
Onde a Vida do humano aspecto fero  
Se desarraiga, eu, feito força, impero  
Na imanência da Idéa Soberana!*

*Destruída a sensação que oriunda fora  
Do tacto — ínfima antena aferidora  
Destas tegumentárias mãos plebéas —*

*Gozo o prazer, que os anos não carcomem,  
De haver trocado a minha forma de homem  
Pela imortalidade das Idéas!*

---

<sup>224</sup> DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação. Na Idade da Globalização e da Exclusão**. 2ª ed., tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth, Petrópolis: Vozes, 2002, pp. 345 e ss..



(AUGUSTO DOS ANJOS)<sup>225</sup>

O ponto de partida da “dialética do pulsional” foi a tese desenvolvida por Schopenhauer apresentada em sua famosa obra intitulada “O Mundo como Vontade e Representação”. Schopenhauer considerava a “Vontade”<sup>226</sup> como sendo, ao lado da “representação”, as duas formas definidoras do mundo. Para ele o mundo é composto de “Vontade” e “representação”.

Schopenhauer tomou como base o discurso kantiano do mundo ser lido ou como fenômeno (representação) ou como númeno (coisa-em-si), para deixar registrado, num primeiro momento, que “toda representação, não importa seu tipo, todo objeto é fenômeno. Coisa-em-si, entretanto, é apenas Vontade”<sup>227</sup>. Com isso queria dizer que considerava a Vontade como sendo “a essência íntima” de tudo, desde o caráter do homem até a qualidade da pedra, tudo seria sintetizado nessa ideia de “Vontade”<sup>228</sup>. Para ele “cada força originária e universal da natureza nada mais é, em sua essência íntima, do que a objetivação da Vontade num grau baixo”<sup>229</sup>.

Assim, no entender de Schopenhauer, os corpos das pessoas percebem o mundo ora como objetos (representações), ora como experimentos a partir de dentro (Vontade), mas o mundo continua o mesmo, não se altera em razão destas diferentes percepções<sup>230</sup>. A Vontade de dar um soco em alguém (plano interno – “Vontade”) e a realização do movimento que permite que essa Vontade se concretize (plano externo – “representação”), não estão em mundos diferentes e se compõem de um mesmo acontecimento, experimentado, pelo homem, de duas maneiras diferentes<sup>231</sup>. Quando se vê o movimento do braço em direção à outra pessoa concretizando o soco, ainda que se perceba apenas a representação externa da Vontade, esta – a Vontade –

<sup>225</sup> ANJOS, Augusto dos. O Meu Nirvana. In: **Obra Completa**. Ob. cit., p. 310.

<sup>226</sup> Aqui grafado com “V” maiúsculo, seguindo a opção de Jair Barboza, tradutor da obra de Schopenhauer para o português, que assim visou evitar confusões com o senso comum do conceito, diferenciando a “Vontade”, com inicial maiúscula, como algo equivalente à coisa-em-si, inerente a toda a natureza, como explica, da “vontade”, com inicial minúscula, equivalente a uma vontade individual (SCHOPENHAUER, Arthur. Ob. cit., p. 169, nota 08).

<sup>227</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. Ob. cit., p. 168.

<sup>228</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. Ob. cit., p. 187.

<sup>229</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. Ob. cit., p. 196.

<sup>230</sup> Ainda que, também amplamente influenciado pela filosofia védica, Schopenhauer ponderasse a respeito do mundo ser uma ilusão.

<sup>231</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. Ob. cit., p. 76.

também está presente. Essa “Vontade”, portanto, sempre está presente em tudo e é, assim, a energia responsável por todas as coisas no mundo. Com isso Schopenhauer via a humanidade à mercê dessa “Vontade” universal, incontrolável e até mesmo despropositada e, portanto, para ele sem sentido, sem significado, conduzindo-o a uma angústia existencial, por ele assim sintetizada: “nenhuma Vontade: nenhuma representação, nenhum mundo. Diante de nós queda-se apenas o nada.”<sup>232</sup>.

Com essa estrutura de pensamento Schopenhauer também considerou o mundo não como bom ou ruim, mas apenas sem significado, entendendo que quando as pessoas lutam para encontrar a felicidade alcançam, na melhor das hipóteses, satisfação e, na pior das hipóteses, dor e sofrimento.

Schopenhauer, então, percebeu ser a vida composta de uma constante sequência alternada entre desejo, satisfação e frustração: desejo; me satisfaço; e me frustro; desejo; me satisfaço; e me frustro, assim, indefinidamente, até a morte. Nas palavras do próprio Schopenhauer:

*O mesmo também se mostra, por fim, nas aspirações e nos desejos humanos, cujo preenchimento sempre nos acena como o fim último do querer; porém, assim que são alcançados, não mais se parecem os mesmos e, portanto, logo são esquecidos, tornam-se caducos e, propriamente dizendo, embora não se admita, são sempre postos de lado como ilusões desfeitas. Suficientemente feliz é quem ainda tem algo a desejar, pelo qual se empenha, pois assim o jogo da passagem contínua entre o desejo e a satisfação e entre esta e um novo desejo – cujo transcurso, quando é rápido, se chama felicidade, e quando é lento se chama sofrimento – é mantido, evitando-se aquela lassidão que se mostra como tédio terrível, paralisante, apatia cinza sem objeto definido, langour mortífero”. Em conformidade com tudo isso, onde o conhecimento a ilumina, a Vontade sempre sabe o que quer aqui e agora, mas nunca o que quer em geral.*<sup>233</sup>

E mais adiante em sua obra retoma o tema de forma ainda mais direta, esclarecendo que o ser humano é movido pela carência, pela falta; que gera um sofrimento; que cria uma necessidade e que, por sua vez, revela um querer que precisa ser satisfeito, gozado; e assim sucessivamente:

<sup>232</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. Ob. cit., p. 518.

<sup>233</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. Ob. cit., p. 231.

*Todo querer nasce de uma necessidade, portanto de uma carência, logo, de um sofrimento. A satisfação põe um fim ao sofrimento; todavia, contra cada desejo satisfeito permanecem pelo menos dez que não o são. Ademais, a nossa cobiça dura muito, as nossas exigências não conhecem limites; a satisfação, ao contrário, é breve e módica. Mesmo a satisfação final é apenas aparente: o desejo satisfeito logo dá lugar a um novo: aquele é um erro conhecido, este um erro ainda desconhecido. Objeto algum alcançado pelo querer pode fornecer uma satisfação duradoura, sem fim, mas ela se assemelha sempre apenas a uma esmola atirada ao mendigo, que torna sua vida menos miserável hoje, para prolongar seu tormento amanhã. (...) E em essência é indiferente se perseguimos ou somos perseguidos, se tememos a desgraça ou almejamos o gozo: o cuidado pela Vontade sempre exigente, não importa em que figura, preenche e move continuamente a consciência.*<sup>234</sup>

O tema, enfim, é recorrente em sua obra, permitindo-lhe explicar sua ideia de felicidade e preparar o terreno para a construção de sua “Vontade de Vida”, como fez na seguinte passagem:

*Portanto, entre querer e alcançar, flui sem cessar toda vida humana. O desejo, por sua própria natureza, é dor; já a satisfação logo provoca saciedade: o fim fora apenas aparente: a posse elimina a excitação, porém o desejo, a necessidade aparece em nova figura; quando não, segue-se o langor, o vazio, o tédio, contra os quais a luta é tão atormentadora quanto contra a necessidade. – Quando desejo e satisfação se alternam em intervalos não muito curtos nem muito longos, o sofrimento ocasionado por eles é diminuído ao mais baixo grau, fazendo o decurso de vida o mais feliz possível.*<sup>235</sup>

Assim, Schopenhauer sintetizou sua filosofia na expressão “Vontade de Vida”, ou seja, em suas palavras: “Onde existe Vontade, existirá vida, mundo. Portanto, à Vontade de vida a vida é certa, e, pelo tempo que estivermos preenchidos de Vontade de vida, não precisamos temer por nossa existência, nem pela visão da morte.”<sup>236</sup> Essa, como resta evidente, é a base de compreensão do ser humano e do mundo que no Século XX permitiu a construção freudiano-lacaniana de “Pulsão de Morte”, não sem antes passar pela importante colaboração construtiva da antítese de Nietzsche.

<sup>234</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. Ob. cit., p. 266.

<sup>235</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. Ob. cit., p. 404.

<sup>236</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. Ob. cit., p. 211, p. 222, p. 358.

## Seção II – Contrapontos nietzschenianos.

*Os filósofos gostam de falar da verdade como se fosse a melhor coisa do mundo. Schopenhauer deu a entender inclusive que a vontade é algo que realmente distinguimos, algo perfeitamente reconhecido e sem demasia e sem falta, mas parece-me que Schopenhauer, neste caso como em outros, seguiu a mesma rota que todos os filósofos: adotou e exagerou ao máximo um preceito popular. A vontade se me apresenta antes de mais nada como algo complexo. (FRIEDRICH NIETZSCHE)<sup>237</sup>*

Se Schopenhauer “é um escritor claro”, como destacou Georg Simmel em seu ciclo de conferência sobre Schopenhauer e Nietzsche, em 1906<sup>238</sup>, Friedrich Nietzsche prefere a sutileza poética, exigindo esforço maior na compreensão de suas ideias. Mesmo assim, e mesmo que faça contrapontos ao discurso de Schopenhauer, Nietzsche deixou claro que partiu do ponto de vista schopenhaueriano, como se viu no trecho destacado acima, conduzindo-se para além dele para construir sua “Vontade de Potência”, a exemplo desta outra passagem de “Além do Bem e do Mal”:

*Sejamos, pois, mais discretos, menos filósofos e admitamos que em cada vontade existe, antes de mais nada uma infinidade de sentimentos: o do estado do qual se quer sair, o do estado ao qual se tende, a sensação de duas direções, ou seja “daqui” “até lá”; enfim uma sensação muscular que, sem chegar a por em movimento braços e pernas, toma parte dele assim que nos dispomos a “querer”. Do mesmo modo que o sentir, um sentir múltiplice, é evidente que um dos componentes da vontade, contém também um “pensar”, em todo ato voluntário há um pensamento diretor e, portanto, deve-se evitar a crença de que se pode afastar esse pensamento do “querer” para obter um precipitado que continuaria sendo vontade. Vontade não é apenas um conjunto de sensações e pensamentos, mas também e antes de tudo um estado afetivo, a emoção derivada do mando, do poderio. Aquilo que se chama “livre arbítrio” é*

<sup>237</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Além do Bem e do Mal. Prelúdio de uma filosofia do futuro**. Tradução de Armando Amado Júnior, São Paulo: WVC, 2001, Primeira Parte, 16, p. 37.

<sup>238</sup> SIMMEL, Georg. **Schopenhauer & Nietzsche**. Tradução de César Benjamin, Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 09.

*essencialmente o sentimento de superioridade ante um subalterno, "Eu sou livre, ele deve obedecer", eis o que há no fundo de toda vontade, a certeza íntima que constitui o estado de ânimo de quem manda*<sup>239</sup>.

Como se vê, ao mesmo tempo em que Nietzsche tomou como ponto de partida a ideia da "Vontade" schopenhaueriana, ele criticou a "Vontade de Vida" de Schopenhauer<sup>240</sup>, considerando que ela se constitui numa multiplicidade de sensações. Como recorda Georg Simmel se deve levar em conta que entre Schopenhauer e Nietzsche está Darwin e, assim, "enquanto Schopenhauer se detém na negação da vontade (...) de viver, Nietzsche encontra na evolução da espécie humana a possibilidade de um fim que permita a vida afirmar-se"<sup>241</sup>. E prossegue esclarecendo que "Nietzsche, em oposição a Schopenhauer, extrai do conceito de evolução um novo pensamento sobre a vida: em sua maior intimidade, ela é intensificação, aumento, concentração cada vez maior das forças ambientes no sujeito"<sup>242</sup>. Essa opção fica clara quando se avalia que na elaboração de suas ideias Nietzsche levou em conta a polaridade do apolíneo e do dionisíaco:

*Com a palavra "dionisíaco" é expresso: um ímpeto à unidade, um remanejamento radical sobre pessoa, cotidiano, sociedade, realidade, sobre o abismo do perecer: o passionadamente doloroso transporte para estados mais escuros, mais plenos, mais oscilantes; (...) a eterna vontade de geração, de fecundidade, de retorno; o sentimento da unidade da necessidade do criar e do aniquilar.*

*Com a palavra "apolíneo" é expresso: o ímpeto ao perfeito ser-para-si, ao típico "indivíduo", a tudo o que simplifica, destaca, torna forte, claro, inequívoco, típico: a liberdade sobre a lei".*

*Esta contrariedade do dionisíaco e do apolíneo no interior da alma grega é um dos grandes enigmas pelo qual me senti atraído, frente à essência grega. Não me esforcei, no fundo, por nada senão adivinhar por que precisamente o apolinismo grego teve de brotar de um fundo dionisíaco: o grego dionisíaco tinha necessidade de se tornar apolíneo": isso significa quebrar*

<sup>239</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Além do Bem e do Mal. Prelúdio de uma filosofia do futuro**. Ob. cit., p. 38.

<sup>240</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Assim Falava Zaratustra**. Tradução de Márcio Ferreira dos Santos, Petrópolis: Vozes, 2011, pp. 130-133.

<sup>241</sup> SIMMEL, Georg. Ob. cit., p. 16.

<sup>242</sup> SIMMEL, Georg. Ob. cit., p. 17.

*sua vontade de descomunal, múltiplo, incerto, assustador, em uma vontade de medida, de simplicidade, de ordenação a regra e conceito.*<sup>243</sup>

Ou seja, enquanto o deus grego Dionísio representa a embriaguez e, de forma ampla, tudo o que dá prazer (visto, posteriormente, como o “id”, o inconsciente, movido pelo princípio do prazer em Freud), Apolo é regra, limite, é castração (é a moral, ou o “superego” em Freud). E ambos, em contrariedade, estão presentes “no interior da alma grega”, como disse Nietzsche. Como se percebe, é evidente a influência de Nietzsche até mesmo na estruturação da psique humana posteriormente aperfeiçoada por Freud, como se verá mais adiante, sem que aqui se deixe passar a oportunidade de referir à crítica nietzschiana ao *cogito* de Descartes, que igualmente serviu de base ao pensamento freudiano, como se vê na seguinte passagem de “Além do Bem e do Mal”:

*É o fato de que um pensamento acontece apenas quando quer e não quando “eu” quero, de modo que é falsear os fatos e dizer que o sujeito “eu” é determinante na conjugação do verbo “pensar”. Algo pensa, porém não é o mesmo que o antigo e ilustre “eu”, para dizê-lo em termos suaves, não é mais que uma hipótese, porém não com certeza, uma certeza imediata. Já é demasiado dizer que algo pensa, pois esse algo contém uma interpretação do próprio processo.*<sup>244</sup>

Ou seja, Nietzsche via todo o problema da humanidade no predomínio dessa moral apolíneo-cristã. Considerava que os “fortes” haviam sido derrotados pelos “fracos” que criaram estruturas de repressão impostas pela disciplina e pelo castigo<sup>245</sup>. Sustentava, assim, a necessidade do homem se libertar, permitindo que sua “Vontade de Potência” novamente triunfasse e que o homem, assim, transcendesse a moral, se libertasse como apresentou em Zaratustra, seu *übermensch*, ou “sobrehumano”, ou “além-homem”, ou “super-homem”, ou, ainda o “homem que transcende”<sup>246</sup>.

<sup>243</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre o Nihilismo e o Eterno Retorno - 1881-1888 - O retorno**, §1050.

<sup>244</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Além do Bem e do Mal. Prelúdio de uma filosofia do futuro**. Ob. cit., p. 36, § 17.

<sup>245</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **A genealogia da moral**, Primeiro Tratado, 9, p. 39.

<sup>246</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Assim Falava Zaratustra**. Ob. cit., pp. 14 e ss..

Nietzsche considerava, então, que o sentimento de culpa era fruto de uma questão histórica, notadamente da vitória dos mais “fracos” e, portanto, resultado de uma questão cultural. Com isso, Nietzsche “transforma o ‘mundo como representação’ de Schopenhauer num mundo histórico e regido pelos instintos reprodutivos de Apolo e pelos criativos de Dionísio”, como destaca Dussel<sup>247</sup>, também servindo de base para o pensamento freudiano.

Nietzsche, então, com sua crítica incisiva a todo o modo de vida pautado pela moral e pela certeza construída pelo homem, atacou frontalmente tanto o *cogito* de Descartes quanto o “eu quero” de Schopenhauer, como se tem, novamente, numa passagem de “Além do Bem e do Mal”:

*Existem ainda ingênuos acostumados à introspecção que crêem que há “certezas imediatas”, por exemplo, o “eu penso”, ou como era a crença supersticiosa de Schopenhauer, o “eu quero”; como se nesse caso o conhecimento conseguisse apreender seu objeto pura e simplesmente, enquanto “coisa em si” sem alteração por parte do objeto e do sujeito. Afirmo que a “certeza imediata”, bem como o “conhecimento absoluto” ou a “coisa em si” encerram uma ‘contradictio in adjecto’; seria, pois, esta a ocasião de livrar-se do engano que encerram as palavras.*

*O vulgo acredita que o conhecimento consiste em chegar ao fundo das coisas; por outro lado, o filósofo deve dizer-se: ‘Se analiso o processo expressado na frase ‘eu penso’, obtenho um conjunto de afirmações arriscadas, difíceis e talvez impossíveis de ser justificadas; por exemplo, que sou eu quem pensa, que é absolutamente necessário que algo pense, que o pensamento é o resultado da atividade de um ser concebido como causa, que exista um “eu”; enfim, que se estabeleceu de antemão o que se deve entender por pensar e que antecipadamente respondido à questão por minha própria razão, como poderia julgar que não se trata de uma “vontade” ou de um “sentir”? Resumindo o exposto, este “eu penso” implica que ‘comparo’ meu estado momentâneo com outros estados observados em mim para estabelecer o que é, posto que é preciso recorrer a um ‘saber de origem diferente’, pois ‘eu penso’ não tem para mim nenhum valor de ‘certeza imediata’.*<sup>248</sup>

Desta forma, em contraponto à filosofia da consciência de Descartes, que considerava o homem como centro do conhecimento, Nietzsche, por assim dizer,

<sup>247</sup> DUSSEL, Enrique. Ob. cit., p. 348.

<sup>248</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Além do Bem e do Mal. Prelúdio de uma filosofia do futuro**. Tradução de Armando Amado Júnior, São Paulo: WVC, 2001, Primeira Parte, 16, p. 35.

inaugurou o questionamento à luz da verdade construída pela linguagem e pela intersubjetividade, reformulando o paradigma da relação sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito na “construção” da “verdade” das coisas que deixa de ser uma verdade absoluta. Mas como Nietzsche possuía, por assim dizer, uma complexidade tão própria em sua filosofia, mesmo diante do relativismo “de que não há fatos, só interpretações” também é possível destacar outro aspecto relevante e grande contributo para a Psicanálise de Freud e Lacan, pois Nietzsche chegou mesmo a antecipar as percepções lacanianas de que as coisas compreendidas como linguagem não passam de metáforas de sons e imagens, metonímias inclusive, como se vê destas passagens de “Sobre a Verdade e Mentira no Sentido Extra-moral”, de 1873:

*(...) porque o homem, ao mesmo tempo por necessidade e tédio, quer existir socialmente e em rebanho, ele precisa de um acordo de paz e se esforça para que pelo menos a máxima “bellum omnium contra omnes” desapareça de seu mundo. Esse tratado de paz traz consigo algo que parece ser o primeiro passo para alcançar aquele enigmático impulso à verdade. Agora, com efeito, é fixado aquilo que doravante deve ser “verdade”, isto é, é descoberta uma designação uniformemente válida e obrigatória das coisas, e a legislação da linguagem dá também as primeiras leis da verdade: pois surge aqui pela primeira vez o contraste entre verdade e mentira.*<sup>249</sup>

*(...) o que se passa com aquelas convenções da linguagem? São talvez frutos do conhecimento, do senso de verdade; as designações e as coisas se recobrem? É a linguagem a expressão adequada de todas as realidades?*<sup>250</sup>

*(...) O que é uma palavra? A figuração de um estímulo nervoso em sons. Mas concluir do estímulo nervoso uma causa fora de nós já é um resultado de uma aplicação falsa e ilegítima do princípio da razão. Como poderíamos nós, se somente a verdade fosse decisiva na gênese da linguagem, se somente o ponto de vista da certeza fosse decisivo nas designações, como poderíamos no entanto dizer: a pedra é dura: como se para nós esse “dura” fosse conhecido ainda de outro modo, e não somente como uma estimulação inteiramente subjetiva!*<sup>251</sup>

*(...) A “coisa em si” (tal seria justamente a verdade pura sem consequências) é, também para o formador da linguagem, inteiramente incaptável e nem sequer algo que vale a pena. Ele designa apenas as relações das coisas aos homens e toma em auxílio para exprimi-las as mais audaciosas metáforas. Um estímulo nervoso, primeiramente transposto em uma imagem!*

<sup>249</sup> NIETZSCHE, Friedrich. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. In: **Obras incompletas**. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. (Coleção “Os pensadores”). São Paulo: Abril, 1974, p. 54.

<sup>250</sup> NIETZSCHE, Friedrich. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. Ob. cit., p. 55.

<sup>251</sup> NIETZSCHE, Friedrich. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. Ob. cit., p. 55;.



*Primeira metáfora. A imagem, por sua vez, modelada em um som! Segunda metáfora. E a cada vez completa mudança de esfera, passagem para uma esfera inteiramente outra e nova.*<sup>252</sup>

*(...) acreditamos saber algo das coisas mesmas, se falamos em árvores, cores, neve e flores e, no entanto, não possuímos nada mais do que metáforas das coisas, que de nenhum modo correspondem às entidades de origem.*<sup>253</sup>

*(...) O que é verdade, portanto? Um batalhão móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas, que foram enfatizadas poética e retoricamente, transpostas, enfeitadas, e que, após longo uso, parecem a um povo sólidas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões, das quais se esqueceu que o são, metáforas que se tornaram gastas e sem força sensível, moedas que perderam sua efígie e agora só entram em consideração como metal, não mais como moedas.*<sup>254</sup>

Pela importância de compreensão de uma nova discussão de “verdade” que se construirá posteriormente pela linguagem e pelo inconsciente, vale repetir os últimos trechos acima destacados: “acreditamos saber algo das coisas mesmas, se falamos em árvores, cores, neve e flores e, no entanto, não possuímos nada mais do que metáforas das coisas, que de nenhum modo correspondem às entidades de origem”. E a verdade, diz Nietzsche, é “um batalhão móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas”. Como se vê, Nietzsche praticamente antecipa a compreensão lacaniana de como operam linguagem e inconsciente, ou, ao menos, dá forte base para as conclusões posteriores tanto de Jakobson, quanto de Lacan, como se verá mais adiante.

Nietzsche também considera que a "longa história da origem da responsabilidade" é essencialmente cultural, imposta através da "moralidade dos costumes". Há, no entanto, um grupo de homens que não se submete a essa moralidade dos costumes: o "indivíduo soberano" (os senhores, artistas, nobres), que constrói a sua medida de valor e considera o outro a partir de si mesmo (sua consciência - ter o direito de dizer sim a si mesmo).

Porém, esse grupo de homens fortes, como destacado, é derrotado pelos "fracos" (escravos, a plebe) os quais, para implantar uma memória da moral, criaram as

<sup>252</sup> NIETZSCHE, Friedrich. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. Ob. cit., p. 55.

<sup>253</sup> NIETZSCHE, Friedrich. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. Ob. cit., p. 55.

<sup>254</sup> NIETZSCHE, Friedrich. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. Ob. cit., p. 56.

estruturas de repressão e impuseram, pela disciplina, pelo castigo, o "eu", a "consciência moral", o apolíneo.

Disse Nietzsche: "Vamos ater-nos aos fatos: o povo é que venceu - ou 'os escravos', 'a plebe', 'o rebanho' ou como queiram chamá-lo - se isso se deve aos judeus, muito bem! Jamais um povo teve missão histórica de maior alcance. Foram abolidos os amos, triunfou a moral do povo"<sup>255</sup>. Segundo Nietzsche é preciso negar a repressão desses valores morais e reimplantar um modelo de sociedade no qual a "Vontade de Potência" triunfe novamente. Para isso é imperioso que os homens se libertem, como Zaratustra, transformando-se em seres humanos que transcendam.

Enfim Nietzsche transformou a "Vontade de Viver" schopenhaueriana (origem de toda dor) em "Vontade de Poder", afastada de toda moral.

Como se vê, não obstante essa "Vontade de Poder" de Nietzsche possa também favorecer o decisionismo e o abuso de poder solipsista, seu discurso também era fortemente inclinado à linguagem na compreensão das coisas e essa análise foi incorporada por Freud, que conseguiu apreender os aspectos positivos dos dois discursos antagônicos (Schopenhauer e Nietzsche), operando a importante síntese que permitiu – com a colaboração de Lacan – melhor compreender como a questão da verdade atua na psique humana.

### **Seção III – A síntese freudiana na constatação de como opera a psique humana.**

*Ora, que o inconsciente sempre estivesse ali e falasse (pulsionalmente, é verdade), hoje não se duvida. Mas que pudesse penetrar na fala do próprio Direito era inimaginável até Freud e, mesmo depois dele, pela resistência ferrenha que a razão produziu e produz, sempre em nome da segurança jurídica e, portanto, de um deus menor. Para assim resistir, por evidente, paga-se um preço, sem qualquer dúvida grande demais. É ele o fruto da arrogância da razão e dela não se ter dado conta de ter perdido a primazia do lugar central do próprio homem.*

---

<sup>255</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **A genealogia da moral**, Primeiro Tratado, 9, p. 39

(JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO)<sup>256</sup>

Do quanto se expôs acima, não há como negar a influência de Schopenhauer e Nietzsche na obra de Sigmund Freud. É possível até dizer que ele promoveu a síntese entre os dois autores.

Das lições de Schopenhauer, Freud aproveitou as referências à Vontade (como equivalente ao inconsciente), ao desejo, à falta, ao gozo e, inclusive, ao impulso sexual, já que Schopenhauer também o destacava numa escala de desejos dessa natureza<sup>257</sup>. Aliás, o próprio Freud não nega essa influência, deixando-a patente nessa passagem de “Uma Dificuldade no Caminho da Psicanálise”, de 1917:

*Provavelmente muito poucas pessoas podem ter compreendido o significado, para a ciência e para a vida, do reconhecimento dos processos mentais inconscientes. Não foi, no entanto, a psicanálise, apressemo-nos a acrescentar, que deu esse primeiro passo. Há filósofos famosos que podem ser citados como precursores - acima de todos, o grande pensador Schopenhauer, cuja Vontade inconsciente equivale aos instintos mentais da psicanálise. Foi esse mesmo pensador, ademais, que em palavras de inesquecível impacto, advertiu a humanidade quanto à importância, ainda tão subestimada pela espécie humana, da sua ânsia sexual.*<sup>258</sup>

Assim, reconhecendo que a filosofia de Schopenhauer antecede a descoberta do inconsciente, quando Freud apresentou o que considerou serem os elementos da pulsão do inconsciente também deixou transparecer de forma muito clara a influência de Schopenhauer. Pode-se dizer que em Freud, a “pulsão” (*Trieb*<sup>259</sup>) é considerada

<sup>256</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Inquisitório e o Processo em “O Mercador de Veneza”**. Ob. cit., p. 158.

<sup>257</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. Ob. cit., p. 428: *Semelhante afirmação se mostra como conservação do corpo por meio do emprego de suas forças. A ela se liga imediatamente a satisfação do impulso sexual, parte da afirmação, visto que os genitais pertencem ao corpo. Eis por que a renúncia VOLUNTÁRIA da satisfação desse impulso, não baseado em MOTIVO algum, já é negação da Vontade de vida. Trata-se de uma auto-supressão voluntária do querer mediante a entrada em cena de um conhecimento que atua como QUIETIVO.*

<sup>258</sup> FREUD, Sigmund. Uma Dificuldade no Caminho da Psicanálise. In: **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 17. História de Uma Neurose Infantil e Outros Trabalhos (1917-1919)**. Tradução inglesa de Joan Riviere. Traduzido do alemão e do inglês sob a direção de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996, pp. 87 e 88.

<sup>259</sup> Há duas traduções diversas para a palavra alemã “*Trieb*”. Alguns traduzem como “instinto”, outros como “pulsão”. Lacan também diferencia os termos “*Trieb*” e “*Instinkt*”, considerando o primeiro como “pulsão” (LACAN, Jacques. O Problema da Sublimação. In: **O Seminário. Livro 7. A Ética da Psicanálise**. Tradução de Antônio Quinet, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, pp. 112-113); A esse respeito,

uma “força” (*Drang*) constante (algo como a Vontade em Schopenhauer), que age através de uma energia, que é a libido<sup>260</sup>. A “meta da pulsão” (*Ziel*) é outro elemento, considerado como a satisfação da pulsão<sup>261</sup>; e o “objeto” (o que Freud refere como *das Ding* – “a coisa”<sup>262</sup>) - é o que falta e pode ser qualquer coisa. Como se vê, de uma similaridade incrível com o discurso de Schopenhauer. Lacan segue a mesma trilha e nomeia esse objeto de “objeto a”<sup>263</sup>. Assim, “objeto a” é um objeto que não há, é o que falta. Até mesmo a “fonte” (*Quelle*), compreendida como “o processo somático num órgão ou parte do corpo”<sup>264</sup>, numa estrutura de borda, de furo, e onde se dá a partida da pulsão (ou seja, a boca e o ânus, por exemplo) também segue a percepção schopenhaueriana a respeito da sexualidade.

---

vide também: GOMES, Gilberto. Os Dois Conceitos Freudianos de “Trieb”. In: **Psicologia: Teoria e Pesquisa**. Volume 17, nº 03, setembro/dezembro de 2001, pp. 249-255, verbis: “O objetivo deste trabalho é rastrear, na obra freudiana, o conceito de “Trieb” (geralmente traduzido, ou como “pulsão”, ou como “instinto”), desfazendo alguns equívocos freqüentes e explorando suas articulações teóricas. É bem sabido que há, na obra de Freud, duas teorias sobre as pulsões. Um dos pontos importantes de nossa análise será o de mostrar que cada uma dessas teorias utiliza um conceito diferente de pulsão. O que muda não é apenas a concepção sobre quais são as pulsões fundamentais (pulsões sexuais e de autopreservação, na primeira teoria, e pulsões de vida e de morte, na segunda). Também se altera a própria concepção do que é uma pulsão. Na primeira teoria, a pulsão se define em função de quatro outros conceitos (fonte, alvo, objeto e pressão), que, como veremos, não se aplicam ao conceito da segunda teoria. O mesmo termo designa, em cada teoria, um objeto conceitual distinto”. Vide, ainda, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal. In: **Direito e Neoliberalismo. Elementos para uma Leitura Interdisciplinar**. Curitiba: EDIBEJ, 1996, pp. 39-77, p. 43, verbis: *Enunciar é manifestar, falar; e a pulsão é o caminho, embora desconheça por completo a verdade da qual é portadora. É o motivo pelo qual a pulsão (trieb, em alemão, para não ser confundida como instinto – instinkt –, que é algo diverso e tem objeto), não tem qualquer objeto predeterminado, o que desloca a análise de uma eventual relação semântica para outro lugar, ou seja, um lugar onde o referencial não diz nada enquanto objeto.*

<sup>260</sup> FREUD, Sigmund. Teoria Geral das Neuroses. A Vida Sexual Humana. In: **Obras Completas, Volume 13. Conferências Introdutórias à Psicanálise (1916-1917)**. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 415.

<sup>261</sup> FREUD, Sigmund. Os Instintos e seus Destinos. In: **Obras Completas, Volume 12. Introdução ao Narcisismo, Ensaios de Metapsicologia e Outros Textos (1914-1917)**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 58.

<sup>262</sup> FREUD, Sigmund. Projeto para uma Psicologia Científica. In: **Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Volume 1 Publicações Pré-psicanalíticas e Esboços Inéditos (1886-1899)**. Rio de Janeiro: Imago, 1990, pp. 212 e ss.. Esse conceito foi depois aproveitado por LACAN, Jacques. Introdução da Coisa. In: **O Seminário. Livro 7. A Ética da Psicanálise**. Ob. cit., pp. 57 e ss..

<sup>263</sup> Lacan trata do “objeto a” a partir de considerações a respeito do objeto (LACAN, Jacques. As Três Formas da Falta do Objeto. In: **O Seminário. Livro 4. A Relação de Objeto**. Tradução de Dulce Duque Estrada, Rio de Janeiro: Zahar, 1995, p. 35) e depois quando trata da “Revisão do Status do Objeto”: LACAN, Jacques. Revisão do Status do Objeto. Ele não é sem tê-lo. In: **O Seminário. Livro 10. A Angústia**. Tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Zahar, 2005, pp. 97 e ss..

<sup>264</sup> FREUD, Sigmund. Os Instintos e seus Destinos. In: **Obras Completas, Volume 12. Introdução ao Narcisismo, Ensaios de Metapsicologia e Outros Textos (1914-1917)**. Ob. cit., p. 59.

De Nietzsche, Freud aproveitou tanto a ideia relacionada ao homem ser agressivo por natureza (Dionísio), vinculada à estrutura do “Id”<sup>265</sup>, ao sentimento de falta e ao princípio do prazer, quanto o sentimento de culpa interiorizado (Apolo), além de outras passagens que lhe ajudaram a compreender a questão do sonho<sup>266</sup>. Quando de seu primeiro dualismo pulsional (1910)<sup>267</sup>, e seguindo a premissa de Schopenhauer composta com a linha de Nietzsche<sup>268</sup>, Freud opôs as “pulsões sexuais” (princípio do prazer) às “pulsões do eu” (premia a autoconservação, a exemplo de saciar a fome)<sup>269</sup>. Já em seu segundo dualismo pulsional (1920)<sup>270</sup> Freud aglutinou as “pulsões sexuais” e as “pulsões do eu”, numa única “pulsão de vida” e identificou algo “além do princípio do prazer”, decorrência, essencialmente, de suas percepções dos pacientes traumatizados com acidentes com risco de vida, muito frequentes nas experiências da 1ª Guerra<sup>271</sup> e também, das observações que fez de seu neto de um ano e meio, na repetição da

<sup>265</sup> Em “Além do Bem e do Mal”, aforismo 17, Nietzsche refere que “um pensamento acontece apenas quando quer e não quando “eu” quero, de modo que é falsear os fatos dizer que o sujeito “eu” é determinante na conjugação do verbo “pensar”. Algo pensa, porém não é o mesmo que o antigo e ilustre “eu”” (NIETZSCHE, Friedrich. **Além do Bem e do Mal. Prelúdio de uma Filosofia do Futuro**. Ob. cit., p. 36). Essa passagem acaba servindo de base também para Freud elaborar seu conceito de Id, como se vê, referenciado em nota de rodapé, quando Freud analisa a influência de Nietzsche em Groddeck, na elaboração da estrutura do Id. FREUD, Sigmund. O Eu e o Id (1923). In: **Obras Completas, Volume 16, O Eu e o Id, “Autobiografia” e Outros Textos**. Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 29, *verbis*: “O próprio Groddeck seguiu provavelmente o exemplo de Nietzsche, que com frequência utiliza esse termo gramatical para o que nós é impessoal e, digamos, necessário por natureza”.

<sup>266</sup> Como se vê, por exemplo, no Capítulo VII de A Interpretação dos Sonhos, denominado Psicologia dos Processos Oníricos, em FREUD, Sigmund. A Psicologia dos Processos Oníricos. In: **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 5. Interpretação dos Sonhos (II) e Sobre os Sonhos (1900-1901)**. Traduzido do alemão e do inglês sob a direção de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 156: *verbis*: “Podemos calcular quão apropriada é a asserção de Nietzsche de que, nos sonhos, “acha-se em ação alguma primitiva relíquia da humanidade que agora já mal podemos alcançar por via direta”; e podemos esperar que a análise dos sonhos nos conduza a um conhecimento da herança arcaica do homem, daquilo que lhe é psiquicamente inato.”

<sup>267</sup> FREUD, Sigmund. A Concepção Psicanalítica da Perturbação Psicogênica da Visão. In: **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 11. Cinco lições de psicanálise, Leonardo da Vinci e outros trabalhos (1910)**. Tradução de Paulo Dias Corrêa, Rio de Janeiro: Imago, 1996.

<sup>268</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Além do Bem e do Mal. Prelúdio de uma Filosofia do Futuro**. Ob. cit., aforismo 83, p. 97, *verbis*: “O instinto – Quando a casa arde esquece-se até de comer. Mas, depois come-se sobre as cinzas”; e aforismo 189, *verbis*: “Em todos os lugares em que reina o poder dos instintos e dos hábitos é função do legislador introduzir dias em que cada um destes instintos seja amordaçado e encadeado para que apreenda a desejar de novo”.

<sup>269</sup> FREUD, Sigmund. Os Instintos e seus Destinos. In: **Obras Completas, Volume 12. Introdução ao Narcisismo, Ensaios de Metapsicologia e Outros Textos (1914-1917)**. Ob. cit., p. 61.

<sup>270</sup> FREUD, Sigmund. Além do Princípio do Prazer. In: **Obras Completas, Volume 14. História de uma Neurose Infantil (“O Homem dos Lobos”), Além do Princípio do Prazer e outros textos (1917-1920)**. Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

<sup>271</sup> FREUD, Sigmund. Além do Princípio do Prazer. Ob. cit., I, p. 168.

brincadeira infantil que, em alemão, Freud denominou de “*fort-dá*”, isto é, do jogo repetitivo do bebê, consistente em atirar as coisas ao chão e as receber de volta das mãos de um adulto<sup>272</sup>. Freud, então, identificou o segundo dualismo pulsional, caracterizado pela “pulsão de vida” (princípio do prazer) *versus* a “pulsão de morte” (princípio da realidade, ou seja, a compulsão à repetição). Nas próprias palavras de Freud:

*Na teoria psicanalítica, não hesitamos em supor que o curso dos processos psíquicos é regulado automaticamente pelo princípio do prazer; isto é, acreditamos que ele é sempre incitado por uma tensão desprazerosa e toma uma direção tal que o seu resultado final coincide com um abaixamento dessa tensão, ou seja, com uma evitação do desprazer ou geração do prazer.*<sup>273</sup>

E mais adiante complementou:

*Sabemos que o princípio do prazer é próprio de um modo de funcionamento primário do aparelho psíquico, e que, para a autoafirmação do organismo em meio às dificuldades do mundo externo, já de início é inutilizável e mesmo perigoso em algo grau. Por influência dos instintos de autoconservação do Eu é substituído pelo princípio da realidade, que, sem abandonar a intenção de obter afinal o prazer, exige e consegue o adiamento da satisfação, a renúncia á várias possibilidades desta e a temporária aceitação do desprazer, num longo rodeio para chegar ao prazer.*<sup>274</sup>

Com isso, Freud promoveu um retorno à Schopenhauer, como ele mesmo admitiu em certas referências:

<sup>272</sup> FREUD, Sigmund. Além do Princípio do Prazer. Ob. cit., I, pp. 170 e ss.: *Esse bom menino tinha o hábito, ocasionalmente importuno, de jogar todos os pequenos objetos que alcançava para longe de si, a um canto do aposento, debaixo da cama, etc., de modo que reunir os seus brinquedos não era coisa fácil. Ao fazer isso ele proferia, com expressão de interesse e satisfação, um forte e prolongado o – o – o – o, que, no julgamento da mãe e no deste observador, não era uma interjeição e significava “fort” (“foi embora”). Afinal percebi que era um jogo e que o menino apenas usava todos os seus brinquedos para jogar “ir embora”. Um dia pude fazer a observação que confirmou minha opinião. Ele tinha um carretel de madeira, em que estava enrolado um cordão. Nunca lhe ocorria, por exemplo, puxá-lo atrás de si pelo chão, brincar de carro com ele; em vez disso, com habilidade lançava o carretel, seguro pelo cordão, para dentro do berço, através de seu cortinado, de modo que ele desaparecia, nisso falando o significativo o – o – o – o, e depois o puxava novamente para fora do berço, saudando o aparecimento dele com um alegre “da” (“está aqui”). Então era essa a brincadeira completa, desaparecimento e reaparição, de que geralmente via-se apenas o primeiro ato, que era repetido incansavelmente como um jogo em si, embora sem dúvida o prazer maior estivesse no segundo ato.*

<sup>273</sup> FREUD, Sigmund. Além do Princípio do Prazer. Ob. cit., I, p. 162.

<sup>274</sup> FREUD, Sigmund. Além do Princípio do Prazer. Ob. cit., I, p. 165.

*Se é lícito aceitarmos, como experiência que não tem exceção, que todo ser vivo morre por razões internas, retorna ao estado inorgânico, então só podemos dizer que o objetivo de toda vida é a morte, e, retrospectivamente, que o inanimado existia antes que o vivente.*<sup>275</sup>

*E há outra coisa que não podemos ignorar: que inadvertidamente adentramos o porto da filosofia de Schopenhauer, para quem a morte é "o autêntico resultado" e, portanto, o objetivo da vida, enquanto o instinto sexual é a encarnação da vontade da vida.*<sup>276</sup>

*O fato de havermos reconhecido como tendência dominante da vida psíquica, talvez da própria vida dos nervos, o esforço de diminuir, manter constante, abolir a tensão interna dos estímulos (o princípio do Nirvana, na expressão de Barbara Low), tal como se exprime no princípio do prazer - é um dos nossos mais fortes motivos para crer na existência de instintos de morte.*<sup>277</sup>

Freud também fez um esforço para esclarecer que sua forma de estruturar a Psicanálise vai um pouco além da filosofia de Schopenhauer, revelando-se não como mera repetição filosófica, mas como ciência de compreensão da psique humana, como deixou claro na seguinte passagem de "Angústia e Instintos":

*Vocês dirão, talvez, encolhendo os ombros: "Isto não é ciência natural, é filosofia schopenhaueriana". Mas por que, senhoras e senhores, um pensador ousado não teria adivinhado o que depois é confirmado pela sóbria e laboriosa pesquisa de detalhes? Além do mais, tudo já foi dito alguma vez, e antes de Schopenhauer houve muitos que disseram coisas semelhantes. E o que dizemos não é exatamente Schopenhauer. Não afirmamos que a morte é o único objetivo da vida; não deixamos de ver, junto à morte, a vida. Reconhecemos dois instintos fundamentais e admitimos para cada um sua própria meta.*<sup>278</sup>

Assim, uma das grandes contribuições de Freud para a compreensão da psique humana é que ele identificou algo a mais em relação às ponderações de Schopenhauer e Nietzsche. Mesmo seguindo os passos de Nietzsche para conseguir elaborar uma

<sup>275</sup> FREUD, Sigmund. Além do Princípio do Prazer. Ob. cit., V, p. 204.

<sup>276</sup> FREUD, Sigmund. Além do Princípio do Prazer. Ob. cit., V, p. 220.

<sup>277</sup> FREUD, Sigmund. Além do Princípio do Prazer. Ob. cit., V, p. 228

<sup>278</sup> FREUD, Sigmund. Angústia e Instintos. In: **Obras Completas, Volume 18, O Mal Estar na Civilização, Novas Conferências Introdutórias à Psicanálise e Outros Textos (1930-1936)**. Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2010 p. 258.

importante estruturação da psique humana<sup>279</sup> em *id* (ou “isso”), *ego* (ou “eu”) e *superego* (ou “super-eu”)<sup>280</sup>, Freud difere de Nietzsche e de Schopenhauer essencialmente por identificar o papel do “pai castrador” como fator determinante na construção inicial do “superego” da criança<sup>281</sup>, que não depende apenas da cultura e é inerente ao ser humano<sup>282</sup>. Assim, enquanto o “*id*” é movido pelas pulsões e regido pelo princípio do prazer, o “superego” (super-eu) representa os limites, as castrações, e o “ego” (eu) procura fazer uma síntese desses dois, moldando a personalidade do sujeito:

*Os três tirânicos senhores são o mundo externo, o Id e o Super-eu. Se acompanharmos os esforços do Eu em atendê-los simultaneamente – melhor dizendo: em obedecer-lhes simultaneamente -, não lamentaremos ter personificado esse Eu, tê-lo apresentado como um ente particular. Ele se sente constrangido de três lados, ameaçado por três tipos de perigos, aos quais, em caso de apuro, reage desenvolvendo angústia.*

(...)

*Desse modo, impelido pelo Id, constrangido pelo Super-eu, rechaçado pela realidade, o Eu luta para levar a cabo sua tarefa econômica de estabelecer a harmonia entre as forças e influências que atuam nele e sobre ele, e compreendemos por que tantas vezes não podemos suprimir a exclamação: “A vida não é fácil!”. Se o Eu é obrigado a admitir sua fraqueza, ele irrompe em angústia: angústia realista ante o mundo externo, angústia de consciência ante o Super-eu, angústia neurótica ante a força das paixões do Id.*<sup>283</sup>

O grande problema, alerta Freud, é que o inconsciente não é controlável<sup>284</sup> e em boa parte é formado por mecanismos de recalque (ou “repressão”), como explica em seu texto “O Inconsciente”: “tudo que é reprimido tem de permanecer inconsciente, mas

<sup>279</sup> Como destacado acima: NIETZSCHE, Friedrich. **Além do Bem e do Mal. Prelúdio de uma filosofia do futuro**. Ob. cit., p. 36, §17.

<sup>280</sup> FREUD, Sigmund. A Dissecção da Personalidade Psíquica. In: **Obras Completas, Volume 18, O Mal Estar na Civilização, Novas Conferências Introdutórias à Psicanálise e Outros Textos (1930-1936)**. Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 212 e 213: *Acompanhando o uso de Nietzsche, e seguindo a sugestão de Georg Groddeck, passaremos a chama-lo de Id [Es]. Esse pronome impessoal parece particularmente adequado para exprimir a principal característica dessa província mental, o fato de ser alheia ao Eu. Super-eu, Eu e Id são os três reinos, âmbitos, províncias em que decomposto o aparelho psíquico da pessoa.*

<sup>281</sup> FREUD, Sigmund. A Dissecção da Personalidade Psíquica. Ob. cit., p. 199.

<sup>282</sup> FREUD, Sigmund. A Dissecção da Personalidade Psíquica. Ob. cit., p. 205.

<sup>283</sup> FREUD, Sigmund. A Dissecção da Personalidade Psíquica. Ob. cit., pp. 220-221.

<sup>284</sup> FREUD, Sigmund. A Dissecção da Personalidade Psíquica. Ob. cit., p. 210.



constatamos logo de início que o reprimido não cobre tudo que é inconsciente. O inconsciente tem o âmbito maior; o reprimido é uma parte do inconsciente”<sup>285</sup>; para, noutro texto, complementar: “chamamos um processo de inconsciente quando temos de supor que ‘no momento’ ele está ativado, embora ‘no momento’ nada saibamos dele”<sup>286</sup>.

Já para Lacan não há um dualismo pulsional, mas sim um monismo, pois ele considera que toda pulsão é virtualmente uma pulsão de morte (gozo). E Lacan será fundamental nessa compreensão da “verdade” que leva em conta o inconsciente, notadamente pela crítica direta a Descartes<sup>287</sup> e pelo diálogo mantido com a Filosofia da Linguagem. Nesse percurso, portanto, Freud deu os primeiros passos que depois permitiram a Lacan – com apoio também em Saussure – compreender o inconsciente estruturado como linguagem<sup>288</sup>. E é dessa premissa que se permitirá uma aproximação de dois níveis teóricos – uma interseção ou até mesmo, e em certa medida, uma espécie de “fusão de horizontes”, para usar o linguajar heideggeriano –, isto é, da Psicanálise de Freud e Lacan com a Hermenêutica Filosófica de Heidegger e Gadamer na discussão da questão do “decisionismo”, como será explorado mais adiante.

Mas antes de analisar como isso se estruturou em Lacan, é preciso compreender que em paralelo a essa construção dialética autorizadora da compreensão de como opera a estrutura da psique humana, influenciada pelo inconsciente, desenvolveu-se uma nova percepção do processo de conhecimento e de construção da verdade centrada na linguagem.

---

<sup>285</sup> FREUD, Sigmund. O Inconsciente. In: **Obras Completas, Volume 12. Introdução ao Narcisismo, Ensaio de Metapsicologia e Outros Textos (1914-1916)**. Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 100 e ss..

<sup>286</sup> FREUD, Sigmund. A Dissecção da Personalidade Psíquica. Ob. cit., p. 210.

<sup>287</sup> LACAN, Jacques. Do Sujeito da Certeza. In: **O Seminário. Livro 11. Os Quatro Conceitos Fundamentais da Psicanálise**. Tradução de M. D. Magno, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 43, verbis: “Descartes não sabia, a não ser que fosse o sujeito de uma certeza e rejeição de todo o saber anterior – mas nós, nós sabemos, graças a Freud, que o sujeito do inconsciente se manifesta, que isso pensa antes de entrar na natureza”.

<sup>288</sup> LACAN, Jacques. O Inconsciente e a Repetição. In: **O Seminário. Livro 11. Os quatro conceitos fundamentais da psicanálise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 27.

### Capítulo III – A linguagem como segundo caminho divergente: a Filosofia da Linguagem e os “giros linguísticos”.

*No descomeço era o verbo.  
 Só depois é que veio o delírio do verbo.  
 O delírio do verbo estava no começo, lá onde a  
 criança diz: Eu escuto a cor dos passarinhos.  
 A criança não sabe que o verbo escutar não funciona  
 para cor, mas para som.  
 Então se a criança muda a função de um verbo, ele  
 delira.  
 E pois.  
 Em poesia que é voz de poeta, que é a voz de fazer  
 nascimentos —  
 O verbo tem que pegar delírio.  
 (MANOEL DE BARROS)<sup>289</sup>*

Somente a partir da segunda metade do século XIX e início do século XX, decorrência do que posteriormente denominou-se de “giro linguístico”<sup>290</sup>, a linguagem ganhou a dimensão de importância para constituir o que se pode dizer uma nova filosofia do conhecimento, denominada, justamente, de “Filosofia da Linguagem”.

Essa nova denominação, no entanto, pode ser passível de críticas, pois permite abarcar tanto aqueles que se ocuparam de compreender como opera a estrutura da

<sup>289</sup> BARROS, Manoel de. **Poesia Completa**. Ob. cit., p. 301.

<sup>290</sup> A expressão foi cunhada por Gustav Bergmann, em seu artigo intitulado *Strawson's Ontology*, publicado pela primeira vez no **The Journal of Philosophy**, Volume LVII, nº 19, 15 de Setembro de 1960, pp. 601-622. BERGMANN, Gustav. *Strawson's Ontology*. In: **Collected Works: selected papers, Vol. II**, Michigan: Ontos Verlag, 2003, pp. 123 e ss.. Na página 129, consta a seguinte passagem (tradução nossa): “Todos os filósofos lingüísticos falam sobre o mundo querendo falar de uma linguagem adequada. Este é o giro lingüístico, a jogada fundamental como um método, no qual os filósofos da linguagem ordinária e ideal (LPO, PLI) concordam. Igualmente fundamental é que eles discordam sobre o que é, nesse sentido, uma “linguagem” e o que a torna “adequada”. No original, em inglês: *All linguistic philosophers talk about the world by means of talking about a suitable language. This is the linguistic turn, the fundamental gambit as to method, on which ordinary and ideal language philosophers (OLP, ILP) agree. Equally fundamentally, they disagree on what is in this sense a “language” and what makes it “suitable”*. Posteriormente, em 1967, Richard Rorty publicou uma coletânea de artigos sob o título “*The Linguistic Turn. Recent essays in Philosophical Method*”, popularizando a expressão. (RORTY, Richard. **El giro lingüístico**. Tradução para o espanhol de Gabriel Bello, Barcelona: Ediciones Paidós, 1990).

linguagem nas relações interpessoais, quanto aqueles que se ocuparam de filosofar usando a linguagem como ferramenta para a construção da compreensão da verdade.

Nesse contexto, não obstante se possa dizer que as referências tomam a linguagem mais como objeto do que como método, há também quem sustente uma ampla variação de abordagens que comporta a compreensão da chamada “Filosofia da Linguagem”, podendo, até mesmo, considerar-se a existência não de apenas uma “Filosofia da Linguagem”, mas várias “filosofias da linguagem”, no plural, com diversas “funções cognitivas, interativas e usufrutivas da linguagem”<sup>291</sup>, seja na analítica, seja na fenomenologia, seja na hermenêutica, seja na Psicanálise, seja enfim, em qualquer outra pretensão metacrítica da linguagem.

De qualquer forma, segundo Cristina Lafont, o ponto comum e relevante nesse novo paradigma é que se deixou de utilizar a linguagem como “mero instrumento” para o conhecimento da verdade e ele passou a ter um “papel constitutivo” “em nossa relação com o mundo”<sup>292</sup>. E indica tanto a crítica feita por Johann Georg Hamann (1730-1788) à obra de Kant, quanto os textos de Johan Gottfried von Herder (1744-1803) e Wilhelm von Humboldt (1767-1835). Cristina Lafont analisa que “Hamann localizou na linguagem a raiz comum do entendimento e a sensibilidade buscada por Kant e com isso conferiu à linguagem uma dimensão ao mesmo tempo empírica e transcendental”. E considera que foi “precisamente este passo que converteu a linguagem numa instância que compete com o Eu transcendental (ou com a “consciência em geral”), na medida em que agora devem reclamar-se para a linguagem idênticas funções constitutivas da experiência (ou do “mundo”)”.<sup>293</sup>

Com essa abertura, diz Lafont, “‘referência’ e ‘verdade’ se convertem em dimensões imanentes à linguagem e, com isso, seu alcance e validade ficam também

---

<sup>291</sup> CABRERA, Julio. **Margens das Filosofias da Linguagem. Conflitos e Aproximações Entre Analíticas, Hermenêuticas, Fenomenologias e Metacríticas da Linguagem**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003, pp. 13 e ss..

<sup>292</sup> LAFONT HURTADO, Cristina. **Lenguaje y Apertura del Mundo. El Giro Lingüístico de la Hermenéutica de Heidegger**. Versão espanhola de Pere Fabra i Abat, Madrid: Alianza Editorial, 1997, p. 18.

<sup>293</sup> LAFONT HURTADO, Cristina. Ob. cit., p. 22. Tradução nossa. No original, em espanhol: *es precisamente este paso el que convierte al lenguaje en una instancia que entra en competencia con el Yo transcendental (o con la “consciência en general”), en la medida que ahora deben reclamarse para el lenguaje idénticas funciones constitutivas de la experiencia (o del “mundo”)*.

relativizados às distintas aberturas linguísticas do mundo”<sup>294</sup>. Para impedir que essa relativização se torne plena Hamann aposta na intersubjetividade da comunicação.

Ao lado de Hamann, Humboldt tem também um importante papel ao procurar romper com a tradição de considerar a linguagem apenas como tendo uma função de designação a tal ponto de Gadamer considerá-lo como o “criador da moderna filosofia da linguagem”<sup>295</sup>. Ele procura, então, desvincular-se da ideia de que a linguagem sirva apenas como instrumento, estabelecendo uma diferença entre o referente da palavra e o “significado”<sup>296</sup>. Com isso, explica Lafont, ele “exclui ao mesmo tempo toda possibilidade de uma relação de pura designação entre um nome e seu objeto, quer dizer, daquela relação que havia sido o paradigma para a explicação tradicional do funcionamento da linguagem”<sup>297</sup>. A linguagem, então, somente se refere aos objetos indiretamente, isto é, através de significados ou conceitos. Nas palavras de Humboldt:

*Denominamos palavra o signo correspondente a um conceito. A sílaba forma uma unidade sonora; só se transforma em palavra quando obtém uma significatividade própria, o que frequentemente requer a união de várias sílabas. Por isso, a palavra apresenta uma unidade dupla, a do som e a do conceito. É assim que as palavras se transformam nos verdadeiros elementos da fala, já que as sílabas carentes de significação própria não podem ser realmente consideradas como tais.*

(...)

*Não é possível imaginar a origem da linguagem começando pela designação de objetos através de palavras e passando disso à integração da expressão. Na realidade, não é a fala que é composta por palavras que a precedem; ao contrário, são as palavras que nascem do conjunto do discurso.*<sup>298</sup>

<sup>294</sup> LAFONT HURTADO, Cristina. Ob. cit., p. 24. Tradução nossa. No original, em espanhol: “referencia” y “verdad” se convierten en dimensiones immanentes al lenguaje y, con ello, su alcance y validez quedan también relativizados a las distintas aperturas lingüísticas del mundo.

<sup>295</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 566.

<sup>296</sup> LAFONT HURTADO, Cristina. Ob. cit., p. 26.

<sup>297</sup> LAFONT HURTADO, Cristina. Ob. cit., p. 26. Tradução nossa. No original, em espanhol: *excluye al mismo tiempo toda posibilidad de una relación de pura designación entre un nombre y su objeto, es decir, de aquella relación que había sido el paradigma para la explicación tradicional del funcionamiento del lenguaje.*

<sup>298</sup> HUMBOLDT, Wilhelm von. Sobre a Diferença de Estrutura das Línguas Humanas. In: MARCONDES, Danilo. **Textos Básicos de Linguagem. De Platão a Foucault**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2009, p. 63.

E como as diversas línguas existentes tratam diferentemente das coisas, estas diversas línguas apresentam “perspectivas diferentes do mundo”, como também referiram Herder, Giambatista Vico (1668-1744) e os norte-americanos Edward Sapir (1884-1939) e Benjamin Lee Whorf (1897-1941) com sua famosa “hipótese Sapir-Whorf”, segundo a qual “a língua de uma determinada comunidade organiza sua cultura, sua visão de mundo”, havendo uma “interdependência entre linguagem e cultura”<sup>299</sup>.

Assim, a linguagem atua como condição de possibilidade para uma “abertura do mundo” ao invés de servir apenas como função designativa<sup>300</sup>. A linguagem, como refere Gadamer analisando Humboldt, “não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham mundo” (...) fazendo com que se compreenda que “esse estar-aí do mundo é constituído pela linguagem”<sup>301</sup>. E a consequência disso, explica Cristina Lafont, é que “devido aos diferentes sistemas conceituais ou “perspectivas de mundo” que lhes são inerentes” faz com que as diferentes linguagens “prejulguem de tal modo nossa experiência que a suposição – implícita em nossa intuição da “verdade” – de um mundo objetivo relativamente independente da linguagem” (...) “já não podem ser mantidas com sentido”.<sup>302</sup>

Depois de Humboldt, é possível identificar um ponto de destaque: a preocupação com o papel dos signos, dos significantes e dos significados na construção de “estruturas conceituais” da verdade, como “estruturas constituintes (ou co-constituintes) de conceitos” que “permitem articular o mundo com o intuito de torná-lo significativo para nós”<sup>303</sup>, como referiu Julio Cabrera e como se passa a expor à luz dos principais autores que importam para o presente trabalho<sup>304</sup>.

---

<sup>299</sup> Conforme MARCONDES, Danilo. Ob. cit., pp. 67-68.

<sup>300</sup> LAFONT HURTADO, Cristina. Ob. cit., p. 27.

<sup>301</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 571.

<sup>302</sup> LAFONT HURTADO, Cristina. Ob. cit., pp. 27-28.

<sup>303</sup> CABRERA, Julio. Ob. cit., p. 17.

<sup>304</sup> É evidente que inúmeros são os autores que abordam a questão da linguagem e vão muito além dos que aqui foram selecionados.

## Seção I – O início do chamado primeiro “giro linguístico”: Charles Sanders Peirce e Ferdinand de Saussure.

*A linguagem não está contida numa regra humana, constantemente corrigida ou dirigida, corrigível ou dirigível pela razão humana. (...) a instituição de um signo qualquer, por exemplo o ou “s”, para designar o som “s”, ou então “cow” ou “vacca”, para designar a ideia de “vaca”, é baseada sobre a própria “irrazão”; quer dizer que não há, aqui, nenhuma razão baseada na natureza das coisas...”*

(FERDINAND DE SAUSSURE)<sup>305</sup>

Naquilo que se pode denominar de primeira fase da Filosofia da Linguagem, decorrência da identificação de que existem dois giros linguísticos, o início (para além da base dada essencialmente por Humboldt) desse primeiro momento, pode ser atribuído tanto a Charles Sanders Peirce quanto a Ferdinand de Saussure na viragem do século XIX para o século XX. A linguagem, aqui, passa a ser estudada como objeto de interpretação das coisas, como algo que atravessa a relação sujeito-objeto, mas ainda não com a capacidade de deslocar plenamente a discussão para uma relação sujeito-sujeito como sucederá com o segundo giro da linguagem, o qual é considerado um giro ôntico-ontológico-linguístico com Heidegger e Gadamer. Isso não significa que esse primeiro momento não tenha importância, ao contrário, vai servir de base relevante para a compreensão dessa vertente da Filosofia pela linguagem, influenciando também decisivamente os estudos de Lacan e do inconsciente como linguagem como se verá mais adiante.

Cronologicamente, foram os estudos de semiótica de Charles Sanders Peirce no texto denominado de “Lógica Como Semiótica: A Teoria dos Signos”<sup>306</sup> (composto por uma coletânea de textos produzidos entre 1893 e 1910) que primeiro vieram à lume,

<sup>305</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. **Outros Escritos de Linguística Geral**. Organizados e editados por Simon Bouquet e Rudolf Engler. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 184.

<sup>306</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. In: BUCHLER, Justus. **Philosophical Writings of Peirce**. New York: Dover Publications, 1955, pp. 98 e ss..

daí porque é por ele que se inicia essa abordagem, sem descurar que Peirce também teceu forte crítica ao cartesianismo externada no artigo intitulado “Algumas Consequências das Quatro Incapacidades”, ainda em 1868<sup>307</sup>.

Peirce considerava a lógica como equivalente à semiótica, conceituando-a como “a quase necessária teoria dos signos”<sup>308</sup>. Para Peirce o signo, ou “*representamen*”, cria na mente da pessoa outro signo equivalente, por ele chamado de “*Interpretant*” (“interpretante”) do primeiro signo. Este signo representa alguma coisa, ou seja, seu “objeto”, ficando vinculado ao objeto não em todos os sentidos, mas como uma espécie de ideia, “tomada em seu sentido platônico”, chamada por Peirce de “*ground of representamen*” (“base<sup>309</sup> do signo”, ou do “*representamen*”) <sup>310</sup>. Ou seja: um signo interpretante construído no plano ideal na mente (base do signo) do sujeito (interpretante) permite interpretar outro signo, na interpretação de um objeto. Assim, cada representação fica vinculada a três coisas: a “base do signo ou do *representamen*”, o “objeto” e o “interpretante”<sup>311</sup>. O “signo”, então, representa o “objeto” e o “significado” equivale ao efeito produzido em quem está interpretando, que, por sua vez, acaba criando outro signo.

Em busca da explicação de como isso tudo se realiza e, como já destacado, fruto de sua formação como cientista e do discurso positivista de meados do século XIX, Peirce elaborou uma ampla classificação do signo à luz de três tricotomias<sup>312</sup> e dez classes de signos<sup>313</sup>.

A 1ª tricotomia é de acordo com o “signo como mera qualidade” e nela o signo pode ser o que Peirce denominou de “*qualisign*” (“uma qualidade que é um signo”); de “*sinsign*” (“onde a sílaba ‘*sin*’ é tomada como equivalente a ‘*single*’”, isto é, único, um

<sup>307</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Some Consequences of Four Incapacities*. In: BUCHLER, Justus. ***Philosophical Writings of Peirce***. New York: Dover Publications, 1955, pp. 228 e ss..

<sup>308</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., p. 98.

<sup>309</sup> Peirce usa a palavra inglesa “*ground*”, que literalmente é traduzida por “terreno” ou por “chão”. No contexto de sua expressão, no entanto, ela melhor se traduz por “base” ou por “fundamento” do “*representamen*”, que por sua vez, ou é mantido no original, ou pode ser traduzido por “representante”.

<sup>310</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., p. 99.

<sup>311</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. Cit., p. 99.

<sup>312</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., pp. 101 e ss..

<sup>313</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., pp. 115 e ss.

signo único); ou de “*legisign*” (uma “lei”, normalmente estabelecida pelo homem, que é um signo: um signo como convenção)<sup>314</sup>.

A 2ª tricotomia é de acordo com “a relação do signo com seu objeto” e nela um signo pode ser considerado como “*Icon*” (Ícone); “*Index*” (Índice); ou “*Symbol*” (Símbolo). Um “Ícone”, diz Peirce, “é um signo que se refere ao Objeto que denota por uma virtude de caracteres próprios, por ele também possuídos, independentemente se tal Objeto realmente exista ou não”<sup>315</sup>. Peirce exemplifica dizendo que desenhos, diagramas e fórmulas algébricas, são Ícones<sup>316</sup>. Já um “Índice”, explica Peirce, “é um signo que se refere ao Objeto que denota por uma virtude de ser realmente afetado por esse Objeto”<sup>317</sup>. Por ser afetado por seu Objeto o Índice deve ter alguma qualidade comum com o Objeto, mas ele também envolve uma espécie de Ícone e não é uma mera semelhança do seu Objeto. Peirce dá exemplos de “Índices”: “Vejo um homem com um “andar gingado” (*rolling gait*). Isto provavelmente *indica* que ele é um marinheiro”<sup>318</sup>. Ou: “um relógio *indica* a hora do dia”; “uma batida na porta” é um índice e indica que alguém está do lado de fora pedindo para entrar; “a estrela polar ou um dedo indicando o norte”, enfim, “qualquer coisa que concentre a atenção é um índice”<sup>319</sup>. Já um “Símbolo”, diz Peirce, é “um signo que se refere ao Objeto que denota como uma lei, geralmente uma associação de idéias gerais, que opera para fazer com que o símbolo seja interpretado como referente àquele Objeto”<sup>320</sup>. Peirce exemplifica dizendo que “todas as palavras, frases, livros e outros signos convencionados são

<sup>314</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., pp. 101 e 102.

<sup>315</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., pp. 102. Tradução nossa. No original, em inglês: *An Icon is a sign which refers to the Object that it denotes merely by a virtue of characters of its own, and which it possesses, just the same, whether any such Object actually exists or not.*

<sup>316</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., pp. 105 a 107.

<sup>317</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., pp. 102. Tradução nossa. No original, em inglês: *An Index is a sign which refers to the object that it denotes merely by a virtue of being really affected by that Object.*

<sup>318</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., p. 108. Tradução nossa. No original, em inglês: *I see a man with a rolling gait. This is a probable indication that he is a sailor.*

<sup>319</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., pp. 108 e 109. Tradução nossa. No original, em inglês: *a clock that indicantes the time of day (...) A rap on the door is an index. Anything which focusses the attention is an index. (...) The pole star is an index, or pointing finger...*

<sup>320</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., p. 102. Tradução nossa. No original, em inglês: *A Symbol is a sign which refers to the object that it denotes merely by a virtue of law, usually an association of general ideas, which operates to cause the Symbol to be interpreted as referring to that Object.*



Símbolos”<sup>321</sup> e que “qualquer palavra, como “dar”, “pássaro”, “casamento”, é um exemplo de um símbolo. É aplicável a qualquer coisa que se encontre para realizar a ideia conectada com a palavra, mas ele não identifica, por si só, aquelas coisas”<sup>322</sup>. Enfim, “um Símbolo não pode indicar uma coisa em particular, mas denota um tipo de coisa”<sup>323</sup>.

Em *Existential Graphs*, um dos textos de Peirce publicados *post mortem*, ele assim conclui sua análise sobre o relacionamento desta tricotomia:

*Então, o modo de ser de um símbolo é diferente daquele de um ícone e daquele de um índice. Um ícone tem um ser que pertence à experiência passada. Ele existe apenas como uma imagem na mente. O índice tem um ser da experiência presente. O ser de um símbolo consiste na satisfação do real. Ou seja, ele vai influenciar o pensamento e a conduta de seu intérprete. Toda palavra é um símbolo. Toda frase é um símbolo. Todo livro é um símbolo. (...) O valor de um símbolo é que ele serve para tornar o pensamento e a conduta racionais e permite-nos prever o futuro.*<sup>324</sup>

Como se vê na passagem acima, Peirce considerava o símbolo (a palavra, a frase, o livro) como capaz de “influenciar o pensamento e a conduta de seu intérprete” a partir da experiência e do “preenchimento de determinadas condições”, mas ainda acreditava ser o símbolo capaz de “tornar racionais o pensamento e a conduta”.

---

<sup>321</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., p. 112. Tradução nossa. No original, em inglês: *All words, sentences, books, and other conventional signs are Symbols.*

<sup>322</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., p. 114. Tradução nossa. No original, em inglês: *Any ordinary word, as “give”, “bird”, “marriage”, is an example of a symbol. It is applicable to whatever may be found to realize the idea connected with the word; it does not, in itself, identify those things.*

<sup>323</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., p. 112. Tradução nossa. No original, em inglês: *A symbol, as we have seen, cannot indicate any particular thing: it denotes a kind of thing.*

<sup>324</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Existential Graphs*. In: **Collected Papers of Charles Sanders Peirce**. Belknap Press of Harvard University Press, 1974, p. 360. Tradução nossa. No original, em inglês: *Thus the mode of being of a symbol is different from that of the icon and from that of the index. An icon has such being as belongs to past experience. It exists only as an image in the mind. An index has the being of present experience. The being of a symbol consists in the real satisfied. Namely, it will influence the thought and conduct of its interpreter. Every word is a symbol. Every sentence is a symbol. Every book is a symbol. The value of a symbol is that it serves to make thought and conduct rational and enables us to predict the future.*

Ou seja, uma tentativa de se desvincular de Descartes, mas, de certa forma, ainda é influenciado pela razão (noutra passagem ele parece compreender o problema dessa vinculação à razão, como se considerará mais adiante).

De qualquer sorte, essa percepção de Peirce é importante para compreender, juntamente com Freud e Lacan, como o inconsciente das pessoas – e, dentre elas, em particular do magistrado no curso da instrução processual penal, por exemplo – pode “traduzir” símbolos (palavras, frases) ditados ou usados pelas testemunhas, não necessariamente pela razão, mas pelo inconsciente e, assim, por coisas que não necessariamente correspondem aos significantes simbolizados por elas mesmas.

Para Peirce a 3ª tricotomia é de acordo com o que “o seu interpretante representa como signo”, na qual um signo pode ser considerado “*rheme*” (representa uma possibilidade qualitativa para seu interpretante, como se representasse um objeto); “*dicent sign*” (representa uma existência atual para seu interpretante); ou “*dicisign*” (que envolve uma parte dos dois anteriores e representa uma indicação para seu interpretante). Peirce ainda refere ao “*argument*” como um signo que, para seu interpretante, equivale a um signo da lei.

Ao longo de sua ampla abordagem classificatória Peirce considera que “a única maneira de se comunicar diretamente uma idéia é por meio de um ícone. Assim, cada afirmação deve conter um ícone ou um conjunto de ícones, ou então deve conter signos cujos significados só são explicáveis por ícones”<sup>325</sup> e que “nós pensamos somente em signos. Estes signos mentais são de variadas naturezas; e as partes-símbolos dos signos são os chamados conceitos. Se um homem faz um novo símbolo, ele o faz em decorrência do pensamento envolvendo conceitos. Por isso, é somente pelos símbolos que um novo símbolo pode crescer.”<sup>326</sup>

Apresentada a tricotomia, Peirce conclui que um “signo ou é um Ícone, ou é um Índice ou é um Símbolo”, com uma predominância de um dos três sobre os outros, mas

<sup>325</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., p. 105. Tradução nossa. No original, em inglês: *the only way of directly communicating an idea is by means of an icon. Hence, every assertion must contain an icon or set of icons, or else must contain signs whose meanings is only explicable by icons*

<sup>326</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., p. 108. Tradução nossa. No original, em inglês: *We think only in signs. These mental signs are of mixed natures; the symbol-parts of them are called concepts. If a man makes a new symbol, it is by thoughts involving concepts. So it is only of symbols that a new symbol can grow.*

pondera que "seria difícil, senão impossível, citar um exemplo de índice absolutamente puro, assim como encontrar um signo que seja completamente desprovido de qualidade indexadora"<sup>327</sup>.

E, mais adiante, complementa:

*Quando pensamos, então, em nós mesmos, como nós somos naquele momento, aparecemos como um signo. Agora, um signo tem, como tal, três referências: primeiro, é um signo 'para' algum pensamento que o interpreta; segundo, é um signo 'para' algum objeto que naquele pensamento é equivalente; terceiro, é um signo, de algum aspecto ou qualidade, que o leva à conexão com seu objeto.*<sup>328</sup>

A partir dessa classificação, mesclando os signos apresentando em sua tricotomia, Peirce apresenta dez classes de signos: 1) *qualisign*; 2) *iconic sinsign*; 3) *rhematic indexical sinsign*; 4) *dicent sinsign*; 5) *iconic legisign*; 6) *rhematic indexical legisign*; 7) *dicent indexical legisign*; 8) *rhematic symbol* ou *symbolic rheme*; 9) *dicent symbol* ou *ordinary proposition*; 10) *argument*.

Toda essa estruturação classificatória será importante para os estudos posteriores da linguagem, inclusive quando mesclados com as descobertas da Psicanálise, notadamente aqueles desenvolvidos por Roman Jakobson, como se verá mais adiante.

Outro ponto de impacto que aqui interessa na filosofia de Peirce está na crítica a Descartes e aos filósofos cartesianos. Peirce considera não ser admissível começar qualquer análise sempre pautada por "uma dúvida completa" como sugere a máxima cartesiana<sup>329</sup>, mas, ao contrário, deve-se "levar em conta todos os preconceitos que já temos ao ingressar no estudo da filosofia. Estes preconceitos não podem ser afastados

<sup>327</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs*. Ob. cit., p. 108. Tradução nossa. No original, em inglês: *But it would be difficult, if not impossible, to instance an absolutely pure index, or to find any sign absolutely devoid of the indexical quality*

<sup>328</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Some Consequences of Four Incapacities*. Ob. cit., p. 231. Tradução nossa. No original, em inglês: *When we think, then, we ourselves, as we are at that moment, appear as a sign. Now a sign has, as such, three references: 1st, it is a sign to some thought which interprets it; 2d, it is a sign for some object to which in that thought it is equivalent; 3d, it is a sign, in some respect or quality, which brings it into connection with its object.*

<sup>329</sup> *Para examinar a verdade, é necessário, ao menos uma vez no curso de nossa vida, duvidar, o mais possível, de todas as coisas.* (DESCARTES, René. *Princípios da Filosofia*. Ob. cit., p. 25).

por uma máxima”<sup>330</sup>. E em seguida complementa: “uma pessoa pode, é verdade, no curso de seus estudos, encontrar razão para duvidar do que ele começou acreditando; mas nesse caso, ele duvida porque tem uma razão positiva para tanto, e não por conta de uma máxima cartesiana. Que nós não pretendamos duvidar na filosofia do que não duvidamos em nossos corações”<sup>331</sup>. Peirce prossegue em sua crítica ao cartesianismo, agora atacando outra máxima de Descartes (“tudo o que estou claramente convencido, é verdade”), dizendo que “se estivesse realmente convencido, eu deveria ter feito com a razão, e não deveria requerer nenhum teste de certeza. Mas isso de tornar simples indivíduos em juízes absolutos da verdade é o mais pernicioso”<sup>332</sup>. E então, relembra as quatro incapacidades do ser humano:

- 1) *Nós não temos poder de Introspecção, todo o conhecimento do mundo interior é derivado de raciocínios hipotéticos do nosso conhecimento de fatos exteriores.*
- 2) *Nós não temos poder de Intuição, todo conhecimento é determinado logicamente por conhecimentos prévios.*
- 3) *Nós não temos poder de pensar sem signos.*
- 4) *Nós não temos nenhuma concepção do absolutamente incognoscível.*<sup>333</sup>

Peirce ainda coloca em xeque o processo silogístico, considerando que o homem possa confiar nas premissas, mas estas serem falsas, falaciosas, e, mesmo assim, ele ainda possa agir “a partir delas”, dizendo-as “serem verdadeiras”<sup>334</sup>. Toma,

<sup>330</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Some Consequences of Four Incapacities*. Ob. cit., p. 228. Tradução nossa. No original, em inglês: *We cannot begin with complete doubt. We must begin with all the prejudices which we actually have when we enter upon the study of philosophy. These prejudices are not to be dispelled by a maxim.*

<sup>331</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Some Consequences of Four Incapacities*. Ob. cit., p. 229. Tradução nossa. No original, em inglês: *A person may, it is true, in the course of his studies, find reason to doubt what he began by believing; but in that case he doubts because he has a positive reason for it, and not on account of the Cartesian maxim. Let us not pretend to doubt in philosophy what we do not doubt in our hearts.*

<sup>332</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Some Consequences of Four Incapacities*. Ob. cit., p. 229. Tradução nossa. No original, em inglês: *If I were really convinced, I should have done with reasoning, and should require no test of certainty. But thus to make single individuals absolute judges of truth is most pernicious.*

<sup>333</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Some Consequences of Four Incapacities*. Ob. cit., p. 230. Tradução nossa. No original, em inglês: *1) We have no power of Introspection, but all knowledge of internal world is derived by hypothetical reasoning from our knowledge of external facts. 2) We have no power of Intuition, but every cognition is determined logically by previous cognitions. 3) We have no power of thinking without signs. 4) We have no conception of the absolutely incognizable.*

<sup>334</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Some Consequences of Four Incapacities*. Ob. cit., p. 231. Tradução nossa. No original, em inglês: *he will act from them and will say that they are true*”.

assim, em consideração, inclusive, a questão dos juízos hipotéticos que acabam guiando o investigador na busca da verdade, dizendo que:

*...quando um homem deseja ardentemente conhecer a verdade, seu esforço será o de imaginar o que aquela verdade pode ser. Ele não pode proceder sua busca muito tempo sem descobrir que a imaginação desenfreada é certa para levá-lo fora da trilha. No entanto, apesar disso, continua a ser verdade que há, afinal, nada mais que a imaginação, a qual pode sempre fornecer-lhe uma noção da verdade.*<sup>335</sup>

Mesmo assim, Peirce faz a ressalva de se levar em conta que o sujeito “pode olhar estupidamente para os fenômenos, mas, na ausência de imaginação, eles não vão ligar-se de alguma forma racional”<sup>336</sup>. Ou seja, para proceder à investigação da “verdade” não há como deixar de construir hipóteses mentais que precisam ser verificadas, mas corre-se o risco de que a imaginação conduza a apenas uma “noção da verdade”.

E, ainda, de certa forma antecipando o que a Psicanálise de Freud, Lacan e mesmo Jung (“inconsciente coletivo”) melhor construiria ao longo do século XX, Charles Peirce, em texto datado de 1896, avaliava o papel do subconsciente em contraponto à razão cartesiana:

*A consciência realmente pertence ao subconsciente do homem, àquela parte da alma que dificilmente é distinta em diferentes indivíduos, uma espécie de consciência da comunidade, ou espírito público. Não é absolutamente uma e a mesma coisa em diferentes cidadãos, e, ainda assim, não é, de forma alguma, independente neles. A consciência foi criada por experiência, assim como é qualquer conhecimento, mas ela é modificada somente com lentidão secular por outras experiências.*

(...)

---

<sup>335</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *The Scientific Attitude and Fallibilism*. Ob. cit., p. 43. Tradução nossa. No original, em inglês: *When a man desires ardently to know the truth, his effort will be to imagine what that truth can be. He cannot prosecute his pursuit long without finding that imagination unbridled is sure to carry him off the track. Yet nevertheless, it remains true that there is, after all, nothing but imagination that can ever supply him an inkling of the truth.*

<sup>336</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *The Scientific Attitude and Fallibilism*. Ob. cit., p. 43. Tradução nossa. No original, em inglês: *He can stare stupidly at phenomena; but in the absence of imagination they will not connect themselves together in any rational way.*

*Mas em última análise, a parte subconsciente da alma, sendo mais forte, recupera a sua predominância e insiste em definir a matéria direito. Homens, então, continuam a dizer a si mesmos que regulam a sua conduta pela razão, mas eles aprendem a olhar além e ver a quais conclusões um determinado método vai levar, antes de aderir a ele. Em suma, não é mais o raciocínio que determina o que a conclusão deve ser, mas é a conclusão que determina o que o raciocínio deve ser.*<sup>337</sup>

Enfim, analisando a obra de Peirce é possível concluir ter ele estabelecido o signo como “corporificação do pensamento”, sendo “concebido como mediação ou relação triádica”, questionando “o ego cartesiano de uma maneira arrasadora só comparável à demolição desse conceito provocada por Freud”, como bem sintetizou Lúcia Santaella<sup>338</sup>.

Como já referido acima, quase simultaneamente a Peirce, são igualmente fundamentais os estudos de semiologia de Ferdinand de Saussure, publicados *post mortem* a partir das anotações dos alunos de seus cursos, no famoso “Curso de Linguística Geral”<sup>339</sup>, em 1916. Saussure define sua semiologia como sendo “uma ciência que estuda a vida dos signos no seio da vida social” e ela “ensina no que consistem os signos, o que os rege”<sup>340</sup>.

Saussure, assim, precisou os conceitos de “signo”, “significante” e “significado” no contexto da linguagem. Segundo ele os “termos implicados no signo linguístico são físicos e estão unidos em nosso cérebro pelo laço de associação”<sup>341</sup> e, assim, o “signo linguístico une, não uma coisa e um nome, mas um conceito e uma imagem

<sup>337</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *The Scientific Attitude and Fallibilism*. Ob. cit., p. 43. Tradução nossa. No original, em inglês: *Conscience really belongs to the subconscious man, to that part of the soul which is hardly distinct in different individuals, a sort of community-consciousness, or public spirit, not absolutely one and the same in different citizens, and yet not by any means independent in them. Conscience has been created by experience just as any knowledge is; but it is modified by further experience only with secular slowness. (...) But ultimately the subconscious part of the soul, being stronger, regains its predominance and insists on setting matter right. Men, then, continue to tell themselves they regulate their conduct by reason; but they learn to look forward and see what conclusions a given method will lead to before they give their adhesion to it. In short, it is no longer the reasoning which determines what the conclusion shall be, but it is the conclusion which determines what the reasoning shall be.*

<sup>338</sup> SANTAELLA, Lúcia. Ob. cit., p. 24.

<sup>339</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. Tradução para o espanhol de Mauro Armiño, Madrid: Akal, 2009.

<sup>340</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., p. 43. Tradução nossa. No original, em espanhol: *una ciencia que estudie la vida de los signos en el seno de la vida social.*

<sup>341</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., p. 102. Tradução nossa.

acústica”<sup>342</sup>, atuando como uma entidade psíquica “de duas caras” (conceito e imagem), pois ainda que não se abra a boca para externar alguma fala, é possível falar consigo mesmo, considerando que “as palavras da língua são para nós imagens acústicas”<sup>343</sup>.

Partindo dessa percepção, Saussure denominava “signo” a combinação do conceito e da imagem acústica. Quando se fala “árvore”, o “signo” é a combinação do conceito de “árvore” com sua imagem acústica reproduzida na mente.

Portanto, o “signo linguístico” é para ele a totalidade, sendo que a palavra “conceito” é substituída por “significado” e a expressão “imagem acústica” por “significante”<sup>344</sup>.

Saussure também deixa assentado, como um primeiro princípio de sua semiologia, que o “laço que une o significante ao significado é arbitrário” e, assim, o próprio “signo linguístico” é arbitrário<sup>345</sup>. Arbitrário não no sentido de que o “sujeito falante” possa livremente escolher o seu significado<sup>346</sup>, mas de que “é imotivado”, isto é, não há nada que una o significante ao significado na realidade, ou, nas palavras de Saussure “arbitrário em relação ao significado, com o qual não tem nenhum vínculo natural na realidade”<sup>347</sup>. Desta forma, as palavras que simbolizam os “significantes” não teriam significado algum se vistas pelo seu desenho ou pelo som isolado de suas letras. Ao usar-se o significante “casa”, por exemplo, a soma das letras (ou mesmo dos “significantes”) “c”, “a”, “s” e “a” “não está ligada por nenhuma relação interior com a série de sons”<sup>348</sup> que as letras isoladas promovem e o desenho que delas no papel somente é compreendido como “casa” por um arbítrio linguístico formulado por um grupo de pessoas que falam a mesma língua (no caso, a língua portuguesa). Esse grupo de pessoas chegou ao consenso<sup>349</sup> de considerar esse conjunto de letras, ou

<sup>342</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., p. 102. Tradução nossa.

<sup>343</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., p. 102: “Nós propomos conservar a palavra “signo” para designar a totalidade, e substituir “conceito” e “imagem acústica”, respectivamente por “significado” e “significante”. Tradução nossa. No original, em espanhol: “*Nosotros proponemos conservar la palabra “signo” para designar la totalidad, y reemplazar “concepto” e “imagen acústica” respectivamente por “significado” y “significante”.*”

<sup>344</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., pp. 103-104. Tradução nossa.

<sup>345</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., p. 104.

<sup>346</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., p. 106.

<sup>347</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., p. 106.

<sup>348</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., p. 104. Tradução nossa.

<sup>349</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., p. 161.

seja, este conjunto de significantes, ordenados como estão, como significando o objeto “casa”. Noutra língua o significante até pode ser outro, como se exemplifica com a língua inglesa – “house” –, mas o significado arbitrado é o mesmo.

O segundo princípio é apresentado como o caráter linear do significante. Saussure explica que sendo o significante “de natureza auditiva, ele se desenvolve somente no tempo e tem os caracteres que toma do tempo”<sup>350</sup>. Assim, representa uma extensão a qual possui uma só dimensão: é uma linha. Seus elementos se apresentam uns atrás do outro e, assim, forma uma cadeia de significantes<sup>351</sup>.

Outro aspecto que Saussure considera relevante é a imutabilidade do signo: “se em relação à ideia que representa, o significante aparece como livremente eleito, ao contrário, em relação à comunidade linguística que o emprega, não é livre, é imposto”<sup>352</sup>. Assim, “a língua aparece sempre como uma herança da época precedente”.

De forma aparentemente contraditória, Saussure também afirma que “o tempo, que assegura a continuidade da língua”, possui também outro efeito, qual seja, “o de alterar mais ou menos rapidamente os signos linguísticos e, em certo sentido, pode-se falar, ao mesmo tempo, de imutabilidade e de mutabilidade do signo”<sup>353</sup>. E isso é possível justamente porque há uma continuidade do signo ao longo dos tempos. Saussure ainda explica que “qualquer que sejam os fatores de alterações, atuem isoladamente ou combinados, sempre conduzem a um deslocamento da relação entre o significado e o significante”<sup>354</sup>. E alerta: “uma língua é radicalmente impotente para

---

<sup>350</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., p. 107.

<sup>351</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., pp. 107-108.

<sup>352</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., p. 109. Tradução nossa. No original, em espanhol: *Si, en relación a la idea que representa, el significante aparece como libremente elegido, en cambio, en relación a la comunidade linguística que lo emplea, no es libre, es impuesto.*

<sup>353</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., pp. 112-113. Tradução nossa. No original, em espanhol: *el de alterar más o menos rapidamente los signos linguísticos y, en certo sentido, puede hablarse a la vez de la inmutabilidad y de la mutabilidad del signo.*

<sup>354</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., p. 113. Tradução nossa. No original, em espanhol: *Cualesquiera que sean los factores de alteraciones, actúen aisladamente o combinados, siempre conducen a un desplazamiento de la relación entre el significado y el significante.*



defender-se contra os fatores que deslocam a cada momento a relação do significado e do significante. Esta é uma das consequências da arbitrariedade do signo”<sup>355</sup>.

Essa estruturação da linguagem em signo, significante e significado e as características acima apontadas serão fundamentais para Lacan posteriormente compreender o inconsciente como linguagem, como se verá mais adiante. Antes, no entanto, é preciso analisar os principais filósofos da linguagem que irão igualmente influenciar Lacan.

## **Seção II – Ludwig Wittgenstein: da verdade como correspondência ao “giro pragmático” da linguagem.**

*Porém digo: “Aqui, nenhuma pessoa razoável duvidaria”  
– Pode-se imaginar que juízes instruídos fossem questionados sobre se uma dúvida seria razoável ou despropositada? Há casos em que a dúvida é despropositada, mas há casos em que ela parece ser logicamente impossível. E entre eles não parece haver uma fronteira precisa.*

(LUDWIG WITTGENSTEIN)<sup>356</sup>

Ludwig Wittgenstein foi outro importante filósofo a contribuir para o segundo giro linguístico que se deu na Filosofia da Linguagem. Os estudiosos de seu trabalho<sup>357</sup> costumam dividi-lo em duas fases, rotulando-as de “o primeiro Wittgenstein”, como sendo aquele da juventude que ainda trabalhava com a linguagem vista como instrumento de conexão com o mundo, e “o segundo Wittgenstein”, mais maduro e que se contrapõe ao discurso da primeira fase, provocando o que se denominou de “giro pragmático” da linguagem, no qual a linguagem é vista no contexto do seu uso. Estas

<sup>355</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., p. 114. Tradução nossa. No original, em espanhol: *una lengua es radicalmente impotente para defenderse contra los factores que desplazan a cada momento la relación del significado y del significante. Esta es una de las consecuencias de la arbitrariedad del signo.*

<sup>356</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da Certeza**. Edição bilingue, tradução de Maria Elisa Costa, Lisboa: Edições 70, 2012, pp. 275 e 277.

<sup>357</sup> Vide, dentre outros: MONK, Ray. **Wittgenstein: o dever do gênio**. Tradução de C. A. Malferrari, São Paulo: Companhia das Letras, 1995; e MIRANDA, Sérgio. Introdução. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da Certeza**. Ob. cit., pp. 12 e ss..

duas grandes “fases” correspondem às suas duas grandes obras: *Tractatus Logico-Philosophicus*, publicado a primeira vez em 1921, ainda em vida; e “Investigações Filosóficas”, escrita entre 1945 e 1949, mas publicada apenas *post mortem*, em 1953. O próprio Wittgenstein admite que mudou muito da primeira obra para a segunda, atestando, no prefácio de suas “Investigações Filosóficas” que:

*há quatro anos tive ocasião de ler novamente o meu primeiro livro (o “Tratado Lógico-Filosófico”) e de esclarecer os seus pensamentos. Pareceu-me, de repente, que eu deveria publicar aqueles antigos pensamentos junto com os novos: estes poderiam receber sua reta iluminação somente pelo confronto com os meus pensamentos mais antigos e tendo-os como pano de fundo.*

*Desde que comecei, pois, há dezesseis anos, a me ocupar novamente com a filosofia, tive que reconhecer graves erros naquilo que eu expusera naquele primeiro livro.* <sup>358</sup>

O *Tractatus Logico-Philosophicus*, não obstante tenha esse nome “pomposo” e seja anunciado pelo próprio Wittgenstein como capaz de “no essencial”, ter “resolvido de vez os problemas” filosóficos fundamentais<sup>359</sup>, não é muito extenso (conta com algo em torno de oitenta páginas na edição brasileira) e não possui uma narrativa linear, caracterizando-se por ser uma seleção de aforismas, dos quais são relevantes, para o presente estudo, os seguintes:

3. A figuração lógica dos fatos é o pensamento.<sup>360</sup>

(...)

3.203. O nome significa o objeto. O objeto é seu significado (“A” é o mesmo sinal que “A”).

3.221. Os objetos, só posso nomeá-los. Sinais substituem-nos. Só posso falar sobre eles, não posso enuncia-los. Uma proposição só pode dizer como uma coisa é, não o que ela é.<sup>361</sup>

(...)

4. O pensamento é a proposição com sentido.

4.001. A totalidade das proposições é a linguagem.

<sup>358</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. 6ª ed., tradução de Marcos G. Nontagnoli, Petrópolis: Vozes, 2009, p. 12.

<sup>359</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3ª ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010, p. 133.

<sup>360</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Ob. cit., p. 147.

<sup>361</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Ob. cit., p. 151.

4.002. O homem possui a capacidade de construir linguagens com as quais se pode exprimir todo sentido, sem fazer ideia de como e do que cada palavra significa – como também falamos sem saber como se produzem os sons particulares. (...) A linguagem é um traje que disfarça o pensamento.

(...)

4.01. A proposição é uma figuração da realidade. A proposição é um modelo da realidade tal como pensamos que seja.<sup>362</sup>

(...)

5. A proposição é uma função de verdade das proposições elementares.<sup>363</sup>

Como se vê dos extratos acima, o “primeiro” Wittgenstein considerava que o que configura os fatos é o pensamento manifestado em proposições, e é ele quem dá o sentido e tem uma função de verdade. Nesse contexto, Wittgenstein dá importância à linguagem como se suas funções “se esgotassem na descrição do que acontece (ou pode acontecer), do que é (ou pode ser) o caso”, como refere Vives Anton<sup>364</sup> e como se vê do exemplo figurado e detalhado nesta passagem do “primeiro” Wittgenstein:

4.063. Um modo figurado de explicar o conceito de verdade: mancha preta sobre papel branco; pode-se descrever a forma da mancha indicando-se, com respeito a cada ponto da superfície, se é preto ou branco. (...) No entanto, para poder dizer que um ponto é preto ou branco, devo saber de antemão quando um ponto é chamado de preto e quando é chamado de branco; para poder dizer: “p” é verdadeira (ou falsa), já devo ter determinado em que circunstâncias chamo “p” de verdadeira, e com isso determino o sentido da proposição.<sup>365</sup>

Ou seja: as verdades ditas dependem dos conhecimentos prévios e da capacidade linguística das pessoas, e esta capacidade, por ser limitada, caracteriza os próprios “limites do seu mundo” que Wittgenstein sintetizou nos seguintes aforismas:

5.6. Os limites de minha linguagem significam os limites do meu mundo<sup>366</sup>

<sup>362</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Ob. cit., p. 165.

<sup>363</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Ob. cit., p. 203.

<sup>364</sup> VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*. Ob. cit., p. 210. Tradução nossa. No original, em espanhol: “...se agotasen en la descripción de lo que sucede (o puede suceder), de lo que es (o puede ser) el caso.

<sup>365</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Ob. cit., p. 175.

<sup>366</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Ob. cit., 5.6, p. 245.

(...)

5.61. O que não podemos pensar, não podemos pensar; portanto, tampouco podemos dizer o que não podemos pensar.<sup>367</sup>

5.62. Essa consideração fornece a chave para se decidir a questão de saber em que medida o solipsismo é uma verdade.

O que o solipsismo quer significar é inteiramente correto: apenas é algo que não se pode dizer, mas que se mostra.

Que o mundo seja meu mundo, é o que se mostra nisso: os limites da linguagem (a linguagem que, só ela, eu entendo) significam os limites de meu mundo<sup>368</sup>

(...)

5.64. Aqui se vê que o solipsismo, levado às últimas consequências, coincide com o puro realismo. O eu do solipsismo reduz-se a um ponto sem extensão e resta a realidade coordenada por ele.

(...)

5.641 (...) O eu entra na filosofia pela via de que “o mundo é meu mundo”<sup>369</sup>

Já o “segundo Wittgenstein” compreende as questões com outro ponto de vista. Nesse segundo momento de sua filosofia, Wittgenstein esclarece o modo das pessoas registrarem os fatos em suas mentes, recordar-se deles e lhes comunicar a lembrança a terceiros como destaca:

*Eu quis dizer... Você lembra de detalhes diferentes. Mas eles não mostram esta intenção. É como se fosse gravada a imagem de uma cena, mas dela se pudesse ver apenas alguns detalhes esparsos; aqui uma mão, acolá um pedaço de um rosto ou um chapéu, - o restante é escuro. E, entretanto, é como se eu soubesse com toda certeza o que a imagem toda representa. Como se eu pudesse ler o escuro.*

*Esses ‘detalhes’ não são irrelevantes no sentido em que são outras as circunstâncias das quais posso me lembrar igualmente. Mas, a pessoa a quem comunico: ‘Eu queria dizer por um momento...’, com isto ela não toma conhecimento destes detalhes, e também não tem que adivinhá-los. Ela não tem que saber, p. ex., que eu já tinha aberto a boca para falar. Ela pode, no entanto, ‘imaginar’ o processo deste modo (E esta capacidade pertence a compreensão da minha comunicação).<sup>370</sup>*

(...)

<sup>367</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Ob. cit., 5.61, p. 245.

<sup>368</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Ob. cit., 5.62, p. 245.

<sup>369</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Ob. cit., 5.64, p. 247.

<sup>370</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Ob. cit., p. 219.

*Interpretar é pensar, agir” (...) são fáceis de reconhecer os casos em que interpretamos. Se interpretamos, então fazemos hipóteses que podem revelar-se falsas.*<sup>371</sup>

Ou seja, como refere Vives Antón, “no caminho de sua formulação, Wittgenstein desapega-se, paulatinamente, da semântica do *Tractatus*. Abandona, pois, a ideia da linguagem como sistema de regras de cálculo lógico e o concebe como uma atividade polifacética, governada por regras convencionais”<sup>372</sup>.

Essa nova formulação de Wittgenstein é relevante para compreender, por exemplo, como se desenvolve o depoimento da testemunha no processo penal, pois, quando a ela abre a boca para dizer sobre alguma coisa, ela não está dizendo o que é essa coisa (pois não consegue fazê-lo através da linguagem), mas dando uma versão de como a compreendeu, de como pensa que ela seja. Essa versão produzida pela testemunha ainda pode vir permeada de lacunas que acabam sendo preenchidas pela linguagem e conduzem até mesmo a falsas análises, tudo ampliado pela interpretação dada pelo receptor, que ao interpretar constrói “hipóteses (que) podem revelar-se falsas”.

Em suas “Investigações Filosóficas”, esse “segundo Wittgenstein” aprofunda as abordagens relacionadas à linguagem e faz críticas ao solipsismo:

*A importância de tais possibilidades de transformação, p. ex., de todas as frases afirmativas em frases que se iniciam com a cláusula “Eu penso”, ou “Eu creio” (portanto, digamos, em descrições de minha vida interior) vai-se mostrar mais claramente em um outro lugar (Solipsismo).*<sup>373</sup>

Wittgenstein desenvolve também uma ampla compreensão pragmática da linguagem como jogo e como imagem, dizendo que “ter compreendido uma explicação significa possuir em espírito um conceito do que foi explicado, e isto é um padrão ou uma imagem. Caso alguém me mostre folhas diferentes e diga “Isto chama-se folha”,

<sup>371</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 276.

<sup>372</sup> VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema Penal**. Ob. cit., p. 210. Tradução nossa. No original, em espanhol: *En el camino de su formulación, despega Wittgenstein, paulatinamente, de la semántica del Tractatus. Abandona, pues, la idea del lenguaje como sistema de reglas de cálculo lógico y lo concibe como una actividad polifacética, gobernada por reglas convencionales.*

<sup>373</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 28.

obtenho então um conceito de forma de folha, uma imagem dela no espírito”<sup>374</sup> E esclarece que estas imagens variam de pessoa para pessoa, pois, “de acordo com a experiência, quem vê a folha de um determinado modo, emprega-a deste e daquele modo ou de acordo com tais e quais regras”<sup>375</sup>. Wittgenstein explica que ao se ouvir uma palavra, “paira-nos no espírito a mesma coisa, e que o seu emprego pode ser um outro”<sup>376</sup>, isto é, pode ter significados diferentes em ocasiões diferentes. É como explica Warat, “a mensagem nunca se esgota na significação de base das palavras empregadas. O sentido gira em torno do dito e do calado. Desta forma, o êxito de uma comunicação depende de como o receptor possa interpretar o sentido latente”<sup>377</sup>. Isso tudo conduz à compreensão de que nos jogos de linguagem “a palavra deve ter uma família de significados”<sup>378</sup> e dá um exemplo:

*Olhem com atenção o seguinte exemplo: Quando se diz “Moisés não existiu”, isto pode significar diversas coisas. Pode significar: Os israelitas não tiveram um guia quando saíram do Egito – ou: seu guia não se chamava Moisés – ou: não houve um homem que tivesse realizado tudo o que a Bíblia narra a respeito de Moisés – ou: etc, etc.*<sup>379</sup>

E partindo deste exemplo Wittgenstein dá mostras de como pode ser complexa a obtenção de uma explicação suficiente e da satisfação do ouvinte na compreensão da linguagem do outro, até porque “o efeito de qualquer explicação ulterior”<sup>380</sup> depende da reação do outro:

*Suponha que eu explique: “Por Moisés entendo o homem, caso tenha existido, que tirou os israelitas do Egito, não importando como ele se chamava naquela época ou o que ele possa ou*

<sup>374</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 55. Outro exemplo é dado na página 145: “A certeza de que o fogo vai me queimar fundamenta-se em indução. Significa que tiro a conclusão para mim mesmo. Eu sempre me queimei numa chama, portanto, isto vai acontecer agora também? Ou é a experiência anterior a causa da minha certeza e não a sua razão? É a experiência anterior a causa da certeza? – depende do sistema de hipóteses, de leis naturais, no qual consideramos o fenômeno da certeza.”

<sup>375</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 56.

<sup>376</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 81.

<sup>377</sup> WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 65.

<sup>378</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 57.

<sup>379</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 58.

<sup>380</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 84.

*não ter feito”. – Mas, sobre as palavras desta explicação, são possíveis dúvidas equivalentes àquelas sobre o homem “Moisés” (o que é que você chama de “Egito”, a quem você chama “os israelitas”, etc?). Estas perguntas também não terminam, se chegarmos a palavras como “vermelho”, “escuro”, “doce”. – Mas então como pode uma explicação ajudar na compreensão, se ela não é a derradeira explicação? Então a explicação jamais está terminada; portanto, não entendo ainda e nunca vou entender o que ele tem em mente! – É como se uma explicação, por assim dizer, estivesse pendurada no ar, caso uma outra não a sustentasse. Ao passo que uma explicação pode repousar sobre uma outra que se tenha dado, mas uma não precisa da outra – a menos que nós precisemos dela para evitar um mal-entendido que aconteceria sem a explicação; mas não aquele mal-entendido que eu posso imaginar.*<sup>381</sup>

O que sucede, explica Wittgenstein, é que a lógica é a essência do nosso pensar<sup>382</sup> e ela não admite vagueza, imprecisão, pois “vivemos na ideia de que o ideal ‘tem que’ se encontrar na realidade”<sup>383</sup>, até porque “o ideal está fixado em nossos pensamentos de modo irremovível”<sup>384</sup> e, assim, é possível dizer que “fui treinado para ter uma determinada reação frente a este signo, e é assim que reajo agora”<sup>385</sup>.

O problema de fundo ocorre quando se acredita poder “encontrar essa ordem, o ideal, na linguagem real”, pois, “ficamos insatisfeitos com o que se chama usualmente, de “proposição”, “palavra”, “signo”<sup>386</sup>. Nesse caso o que se encontra não é “uma unidade formal imaginada por mim, mas a família de estruturas mais ou menos aparentadas entre si”<sup>387</sup> e aí o rigor da lógica desaparece por completo. E, então, o “preconceito de pureza cristalina só pode ser eliminado dando uma guinada em nossa reflexão”<sup>388</sup>.

Assim, ao se utilizar determinada expressão numa comunicação com alguém se pode estar pretendendo chamar sua atenção “para o fato de que ele está em condições de representar-se isto”<sup>389</sup>, ou seja, diz Wittgenstein, “eu queria colocar esta imagem diante de seus olhos, e seu reconhecimento desta imagem consiste em que ele agora

<sup>381</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., pp. 62 e 63.

<sup>382</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 67.

<sup>383</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 69.

<sup>384</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 69.

<sup>385</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 112.

<sup>386</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 69.

<sup>387</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 70.

<sup>388</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 70.

<sup>389</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 84.

está inclinado a considerar um caso dado de outra maneira: ou seja, a compará-lo com esta série de imagens. Modifiquei o seu modo de ver”<sup>390</sup>. Ou, noutras palavras, em termos psicanalíticos, operou-se uma metanoia, uma mudança no modo de pensar, pois, como mais uma vez sintetiza Wittgenstein: “A língua é um labirinto de caminhos. Você vem de um lado, e se sente por dentro; você vem de outro lado para o mesmo lugar, e já não se sente mais por dentro”<sup>391</sup>. Esse ponto é fundamental para se compreender como a inércia judicial absoluta no momento da produção probatória possa ser prejudicial às partes, inclusive ao réu, até porque, como indaga Wittgenstein em suas últimas reflexões em vida, “se tudo depõe a favor de uma hipótese e nada contra – então ela é certamente verdadeira?” E ele mesmo responde, provocando outra pergunta: “Pode-se dizer isso. – Mas ela corresponde certamente à realidade, aos factos? – Com essa pergunta, tu já te moves num círculo”<sup>392</sup>. Na Terceira Parte deste trabalho se retomará essa discussão.

Esta leitura pragmática da linguagem, como comunicação, também foi explorada por outros autores importantes como Charles Sanders Peirce, já trabalhado acima, e também John Langshaw Austin (1911-1960) e John Searle (1932-) com a teoria dos atos de fala, além de Roman Jakobson (1896-1982), Richard Rorty (1931-2007), bem como Jürgen Habermas (1929-) e Karl-Otto Apel (1922-) com as teorias da ação comunicativa<sup>393</sup>.

### Seção III – A Teoria dos Atos de Fala de Austin e Searle.

*“Ora, agora você me pergunta”, disse Alice, confusíssima. “Não penso...”*

*“Nesse caso não deveria falar”, disse o Chapeleiro.*

(LEWIS CARROLL)<sup>394</sup>

<sup>390</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 84.

<sup>391</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 114.

<sup>392</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da Certeza**. Ob. cit., p. 179.

<sup>393</sup> Como refere STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Ob. cit., p. 176.

<sup>394</sup> CARROLL, Lewis. **Aventuras de Alice no País das Maravilhas & Através do Espelho e o que Alice Encontrou Por Lá**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Zahar, 2009, Capítulo 7, p. 90. Em sentido similar, essa passagem também é recodada por AUSTIN, John Langshaw.



A obra mais famosa do filósofo inglês John Langshaw Austin – “Quando Dizer é Fazer” (*How to Do Things with Words*)<sup>395</sup> – é o resultado da coletânea de suas conferências proferidas em 1955 na Universidade de Harvard, e foi publicada *post mortem*, em 1962. Nela se tem o início da chamada teoria dos atos de fala, a qual será posteriormente desenvolvida pelo norte-americano John Searle.

Austin parte da visão pragmática da linguagem do segundo Wittgenstein, mais especificamente da ideia dos jogos de linguagem, ou seja, de que o uso da linguagem prepondera sobre a semântica e, dependendo do contexto em que é empregado, o significado pode ser diverso. Na discussão de uma possível “verdade” produzida no processo penal no qual há predominância do discurso, notadamente de falas de testemunhas que servem para ilustrar o julgador, a análise dos atos de fala também ganha sua relevância, como se passa a expor.

Já na Primeira Conferência, Austin classifica o uso da linguagem em duas categorias: para descrever ou relatar fatos e eventos e para realizar algo (“*to perform*”<sup>396</sup>), correspondendo às frases constatativas e performativas<sup>397</sup>. Um exemplo da primeira é “João está correndo”; e da segunda é “Prometo que lhe pagarei amanhã”. As frases constatativas podem ser verificadas em sua veracidade. A frase referida será verdadeira se João, de fato, neste mesmo momento, estiver correndo<sup>398</sup>. Já a segunda categoria – das frases performativas – não é possível de ser avaliada em sua veracidade, pois dependerá das circunstâncias e consequências de realização do ato<sup>399</sup>. As frases performativas são “expressões que disfarçam” como refere Austin<sup>400</sup> e podem ser “felizes” ou “infelizes”, segundo sua classificação<sup>401</sup>.

---

**Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação.** Ob. cit., p. 81, *verbis*: “Eu não penso...”, começou a dizer Alice, “Então não deveria falar”, respondeu-lhe a lagarta, ou seja lá quem foi.

<sup>395</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação.** Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

<sup>396</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação.** Ob. cit., p. 25.

<sup>397</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação.** Ob. cit., pp. 21 e ss..

<sup>398</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação.** Ob. cit., p. 58.

<sup>399</sup> Conforme explica MARCONDES, Danilo. **Textos Básicos de Linguagem. De Platão a Foucault.** Ob. cit., p. 115.

<sup>400</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação.** Ob. cit., p. 23.

<sup>401</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação.** Ob. cit., p. 111.

Porém, Austin percebe que também as sentenças constatativas têm uma dimensão performativa, pois descrever é igualmente um ato que pode ser mal sucedido e não corresponder à realidade e, de outra sorte, as sentenças performativas também tem algo de constativo, pois estão relacionadas a um fato. Como explica Danilo Marcondes, no caso do exemplo acima destacado, a sentença performativa “Prometo que lhe pagarei amanhã”, também possui uma concepção constativa concernente ao fato de que eu possa ter ou não ter lhe pagado<sup>402</sup>. Diante desse quadro, Austin propõe que a concepção performativa seja estendida para toda a linguagem, tomando-se o ato de fala em três dimensões, correspondentes a três atos: locucionário (no qual as palavras são “incluídas em determinada construção, e com um certo “significado” no sentido filosófico favorito, isto é, com um sentido e uma referência determinados”<sup>403</sup>), ilocucionário (considerado o núcleo do ato de fala; quando digo: “prometo que lhe pagarei amanhã” o verbo “prometer” constitui o próprio ato de prometer; isto é, o ato ilocucionário é a “realização de um ato ao dizer algo, em oposição à realização de um ato *de* dizer algo”<sup>404</sup>) e perlocucionário (“dizer algo frequentemente, ou até normalmente, produzirá certos efeitos ou consequências sobre os sentimentos, pensamentos, ou ações dos ouvintes, ou de quem está falando, ou de outras pessoas”<sup>405</sup>, o que pode ser realizado com a “intenção ou objetivo de produzir tais efeitos”<sup>406</sup>).

Austin admite que os atos performativos visam produzir efeitos intencionais mas que nem sempre esses efeitos são produzidos, alertando também que eles podem produzir efeitos não intencionais, explicando que isso ocorre “quando a pessoa que fala tenciona causar um efeito que pode, contudo, não ocorrer” e também “quando a pessoa que fala não tenciona causar um efeito ou tenciona deixar de causá-lo e, contudo, o efeito ocorre”<sup>407</sup>. E dá um exemplo bastante significativo para a questão da audiência da testemunha no processo penal:

<sup>402</sup> MARCONDES, Danilo. **Textos Básicos de Linguagem. De Platão a Foucault**. Ob. cit., pp. 116.

<sup>403</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 85.

<sup>404</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 89.

<sup>405</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 89.

<sup>406</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 90.

<sup>407</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 93.

*Assim, se nos perguntam: - “O que ele fez?”, podemos responder qualquer uma destas coisas: - “Matou o burro; - Disparou o revólver; - Puxou o gatilho; - Apertou o dedo que estava sobre o gatilho”; e todas as respostas poderiam estar corretas.*<sup>408</sup>

Como se percebe, há uma variação de respostas que podem surgir de uma única pergunta e todas elas não são necessariamente “falsas”. Porém, podem produzir resultados interpretativos diversos, notadamente no contexto da inquirição e da compreensão da fala.

Austin, então, enfatiza a natureza contratual destes atos performativos, pois “proferir um ato de fala nas circunstâncias adequadas equivale a assumir um compromisso com o ouvinte: ‘Minha palavra é meu compromisso’”<sup>409</sup>. E dá seu exemplo: “quando digo diante do juiz ou no altar, etc., “Aceito”, não estou relatando um casamento, estou me casando”<sup>410</sup>. O ato performativo corresponde a uma ação. O mesmo se dá no âmbito da fala da testemunha no processo penal, pois, como explica Austin, “o relato do que se disse vale como prova, caso o que tenha sido dito seja um proferimento do tipo que chamamos de performativo, porque este é considerado um relato com força legal, não pelo que foi dito (...) mas por ter sido algo realizado, uma ação”<sup>411</sup>. A testemunha no processo penal, portanto, não está apenas referindo a algo que presenciou, mas está também “provando”.

Contudo, Austin alerta que para ser considerado um ato de fala o proferimento performativo ainda depende das circunstâncias na qual ocorre. Por exemplo, ao dizer “eu aposto” antes da corrida de cavalos começar, realiza-se um ato de fala, porém, ao proferir a mesma fala depois de terminada a corrida de cavalos, esta não é capaz de gerar o mesmo efeito performativo. No segundo caso, explica Austin, a fala é malograda caracterizando-se como o que ele denomina de “doutrina das infelicidades”<sup>412</sup>. As infelicidades, diz Austin, são “herdadas por todos os atos cujo caráter geral é ser ritual ou cerimonial”<sup>413</sup>. No âmbito do processo penal é fácil

<sup>408</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 93.

<sup>409</sup> MARCONDES, Danilo. **Textos Básicos de Linguagem. De Platão a Foucault**. Ob. cit., pp. 115 e 116.

<sup>410</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 25.

<sup>411</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 30.

<sup>412</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 30.

<sup>413</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 34.

compreender essa questão, pois tudo é ritualizado e a não observância da forma, gera nulidade do ato. Para evitar esse malogro Austin apresenta seis regras que reputa essenciais para que o proferimento performativo seja válido:

*(A.1) Deve existir um procedimento convencionalmente aceito, que apresente um determinado efeito convencional e que inclua o proferimento de certas palavras, por certas pessoas, e em certas circunstâncias; e além disso, que*

*(A.2) as pessoas e circunstâncias particulares, em cada caso, devem ser adequadas ao procedimento específico invocado.*

*(B.1) O procedimento tem de ser executado, por todos os participantes, de modo correto e (B.2) completo.*

*(r.1) Nos casos em que, como ocorre com frequência, o procedimento visa às pessoas com seus pensamentos e sentimentos, ou visa à instauração de uma conduta correspondente por parte de alguns dos participantes, então aquele que participa do procedimento, e o invoca deve de fato ter tais pensamentos ou sentimentos, e os participantes devem ter a intenção de ser conduzirem de maneira adequada, e, além disso,*

*(r.2) devem realmente conduzir-se dessa maneira subsequentemente.<sup>414</sup>*

Austin chama os atos referidos sem observância das regras “A” e “B” de “desacertos” e os atos referidos sem observância das regras “r” de “abusos”. Nos casos chamados de “desacertos” Austin considera que os atos são nulos e nos casos que denomina de “abusos” de procedimento diz que eles foram “vazios”, não tendo sido consumados<sup>415</sup>.

E complementa, esclarecendo que não se pode olvidar um “tipo de infelicidade” que deriva do “mal-entendido”. Para que seja válido o ato, é preciso que quem fale seja ouvido por alguém e seja entendido por esta pessoa<sup>416</sup>. Nas palavras de Austin:

*Há alguns anos começamos a perceber cada vez com mais clareza que a ocasião de um proferimento tem enorme importância, e que as palavras utilizadas têm de ser até certo ponto “explicadas” pelo “contexto” em que devem estar ou em que foram realmente faladas numa troca linguística.<sup>417</sup>*

<sup>414</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 31.

<sup>415</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 32.

<sup>416</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 36.

<sup>417</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 89.

Segundo Danilo Marcondes<sup>418</sup>, Austin inaugura um novo paradigma teórico: o da linguagem como ação, entendendo que a linguagem pode operar sobre o real e, nessa medida, pode constituir o real. Nessa medida “a verdade é substituída pelo conceito de eficácia do ato, de sua ‘felicidade’, de suas condições de sucesso, e também pela dimensão moral do compromisso assumido na interação comunicativa”<sup>419</sup>. A linguagem, então, é vista como uma espécie de ação, considerada em razão de seu uso e não como uma representação da realidade. Não se analisa mais a sentença de suas partes (sujeito, predicado, objeto), mas sim a partir de seu uso. Como diz Austin, “a verdade ou falsidade de uma declaração não depende unicamente do significado das palavras, mas também do tipo de atos que, ao proferi-las, estamos realizando e das circunstâncias em que os realizamos”<sup>420</sup>.

Para John Searle, sucessor da teoria de Austin, uma determinada “unidade semântica é uma consequência da tese de que a intencionalidade das sentenças deriva da intencionalidade dos estados mentais”<sup>421</sup> que é percebida pela pessoa. Ou seja, quando se possui um determinado estado mental, pode-se aferir se ele está ou não satisfeito. Sucede que perceber que se está num determinado estado mental não significa que se esteja assumindo compromissos com outras pessoas a respeito do preenchimento das condições de satisfação de seu estado mental. No entanto, ao “produzir um proferimento linguístico que coincida com as condições de satisfação de um de seus estados mentais”<sup>422</sup>, é preciso assumir o compromisso em relação às demais pessoas a respeito do preenchimento daquelas condições de satisfação, sob pena de não conseguir fazer-se entender, de não conseguir comunicar-se. Assim, “a existência desses compromissos, segundo Searle, confere uma normatividade especial

---

<sup>418</sup> SOUZA FILHO, Danilo Marcondes de. Apresentação. A Filosofia da Linguagem de J. L. Austin. In: AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 10.

<sup>419</sup> SOUZA FILHO, Danilo Marcondes de. Apresentação. A Filosofia da Linguagem de J. L. Austin. In: AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 10.

<sup>420</sup> AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Ob. cit., p. 119.

<sup>421</sup> TSOHATZIDIS, Savas L. Introdução. In: **A Filosofia da Linguagem de John Searle: força, significação e mente**. TSOHATZIDIS, Savas L. (Organização). Tradução de Luiz Henrique de Araújo Dutra, São Paulo: UNESP, 2012, p. 02.

<sup>422</sup> TSOHATZIDIS, Savas L. Introdução. Ob. cit., p. 03.

aos conteúdos linguísticos, o que falta aos conteúdos mentais dos quais eles derivam em última instância”<sup>423</sup>.

Searle exemplifica com o problema das metáforas, dizendo que para compreender a emissão, no caso das metáforas, como “as condições de verdade da asserção não são determinadas pelas condições de verdade da sentença e de seu termo geral”<sup>424</sup>, é necessário que o ouvinte tenha “alguma coisa além do conhecimento da língua, da consciência das condições da emissão e das suposições de base que compartilha com o falante”<sup>425</sup>. E, mesmo assim, não raras vezes a compreensão da metáfora pode “escapar” do quanto pretendido pelo falante. Searle dá um exemplo de como sua leitura de uma passagem da peça de Shakespeare “Romeu e Julieta” colide com o sentido que dela extraiu outro autor:

*Assim, por exemplo, na análise do enunciado metafórico de Romeu, “Julieta é o sol”, Cavell (1976, pp. 78-9) propõe, como parte de sua explicação, que Romeu quer dizer que seu dia começa com Julieta. Ora, desconsiderado o contexto particular da peça, essa leitura nunca me teria ocorrido. Para suprir os valores de R na fórmula<sup>426</sup>, eu procuraria outras propriedades do sol. Dizê-lo não é fazer objeção a Shakespeare ou a Cavell, porque a metáfora em questão, como a maioria das metáforas, é aberta precisamente desta maneira.<sup>427</sup>*

Essa abertura a múltiplas possibilidades de compreensão de determinadas metáforas também é relevante para compreender a necessidade de um diálogo esclarecedor entre o falante e o ouvinte. Searle se propõe a resolver essa questão relacionada ao funcionamento das metáforas, isto é, a tentar entender “como uma coisa nos lembra outra”<sup>428</sup>. Para as metáforas mais simples Searle refere que o ouvinte deve dar passos de três tipos: ter uma estratégia para saber se deve pensar que se trata de uma metáfora; ter um conjunto de estratégias para computar os valores do que

<sup>423</sup> TSOHATZIDIS, Savas L. Introdução. Ob. cit., p. 03.

<sup>424</sup> SEARLE, John. **Expressão e Significado. Estudos da Teoria dos Atos de Fala.** Tradução de Ana Cecília G. A. de Camargo e Ana Luiza Marcondes Garcia. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 134.

<sup>425</sup> SEARLE, John. Ob. cit., p. 134.

<sup>426</sup> John Searle refere-se aqui à seguinte “fórmula” da metáfora por ele explicada: “quando o falante diz ‘S é P’, ele quer significar ‘S é R’” (SEARLE, John. Ob. cit., p. 134).

<sup>427</sup> SEARLE, John. Ob. cit., p. 149.

<sup>428</sup> SEARLE, John. Ob. cit., p. 163.

a metáfora poderia querer representar; e ter um conjunto de estratégias para decidir qual das diversas possibilidades de referência está sendo utilizada pelo falante<sup>429</sup>.

Enfim, todas essas compreensões do papel dos atos de fala importam igualmente para que se possa considerar a importância do diálogo e da intersubjetividade no momento da produção da prova, como se explorará na Terceira Parte. Na mesma linha de importância, Roman Jakobson também merece consideração, como se passa a analisar.

#### **Seção IV – A linguística em Roman Jakobson.**

*Há mensagens que servem fundamentalmente para prolongar ou interromper a comunicação, para verificar se o canal funciona ("Alô, está me ouvindo?"), para atrair a atenção do interlocutor ou afirmar sua atenção continuada ("Está ouvindo?" ou, na dicção shakespereana, "Prestai-me ouvidos!" - e, no outro extremo do fio, "Hm-hm!"). Este pendor para o CONTATO ou, na designação de Malinowski, para a função FÁTICA, pode ser evidenciada por uma troca profusa de fórmulas ritualizadas, por diálogos inteiros cujo único propósito é prolongar a comunicação. Dorothy Parker apanhou exemplos eloqüentes: "— Bem — disse o rapaz. — Bem! — respondeu ela. — Bem, cá estamos — disse ele. — Cá estamos — confirmou ela, — não estamos? — Pois estamos mesmo — disse ele, — Upa! Cá estamos. — Bem! — disse ela. — Bem! — confirmou ele — bem!"*  
(ROMAN JAKOBSON)<sup>430</sup>

Roman Jakobson se vale amplamente dos conceitos tanto de Charles Sanders Peirce<sup>431</sup>, quanto de Ferdinand Saussure, aproveitando-se, inclusive, de interseções

<sup>429</sup> SEARLE, John. Ob. cit., p. 164.

<sup>430</sup> JAKOBSON, Roman. Ob cit., pp. 125 e 126.

<sup>431</sup> Jakobson refere expressamente à obra de Charles Peirce, a quem considera fundamental, dizendo que “desde 1867, C. S. Peirce, que, repito, deve ser considerado como o autêntico e intrépido precursor

com a Psicanálise de Sigmund Freud, como deixou claro na Conferência de Antropólogos e Linguistas, realizada na Universidade de Indiana, Estados Unidos, em 1952.

Seguindo a linha de Peirce, Jakobson considerou os “fatores fundamentais da comunicação linguística”, ou seja, que “qualquer ato de fala envolve uma mensagem e quatro elementos que lhe são conexos: o emissor, o receptor, o tema (*topic*) da mensagem e o código utilizado”<sup>432</sup>. E, mesmo havendo uma ampla variação nestas relações, “qualquer comunicação seria impossível na ausência de certo repertório de “possibilidades preconcebidas” ou de “representações pré-fabricadas” como dizem os engenheiros”<sup>433</sup>.

Jakobson então esclarece que “qualquer discurso individual supõe uma troca” e “não há emissor sem receptor — exceto, é claro, quando o emissor é um doente mental ou um bêbado”<sup>434</sup>. Nesse processo, “o decodificador recebe uma mensagem. Conhece o código. A mensagem é nova para ele e, por via do código, ele a interpreta. No compreender essa operação, a Psicologia nos pode dar um grande auxílio.”<sup>435</sup>. Com essa referência à Psicologia, Jakobson quer deixar registrada sua compreensão do inconsciente freudiano nesse processo todo.

Jakobson ainda avalia que na conversa entre duas pessoas – assim como ocorre no interrogatório do réu ou no depoimento colhido da testemunha no processo penal – há uma necessária ligação entre o emissor e o receptor (e o receptor, no contexto do processo penal, em última análise, não fica circunscrito às partes, mas é primordialmente o juiz; pois é o juiz que não conhece e precisa conhecer), que devem compartilhar os símbolos utilizados para que a mensagem atinja o receptor:

---

*da Lingüística estrutural, estabeleceu nitidamente o caráter lingüístico da semântica. Como dizia ele, o signo — e em particular o signo lingüístico — para ser compreendido exige não só dois protagonistas que participem do ato da fala, mas, além disso, de um “interpretante”. Segundo Peirce, a função desse interpretante é realizada por outro signo ou conjunto de signos, que são dados juntamente com o signo em questão ou que lhe poderiam ser substituídos. Eis, sem dúvida nenhuma, algo que deveria ser o ponto de partida de todas as nossas discussões futuras sobre o tratamento lingüístico das significações — problema que estará certamente no centro de nossas preocupações no futuro imediato”.* (JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 30).

<sup>432</sup> JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 18.

<sup>433</sup> JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 20.

<sup>434</sup> JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 21.

<sup>435</sup> JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 22.



*Os constituintes de qualquer mensagem estão necessariamente ligados ao código por uma relação interna e à mensagem por uma relação externa. A linguagem, em seus diferentes aspectos, utiliza os dois modos de relação. Quer mensagens sejam trocadas ou a comunicação proceda de modo unilateral do remetente ao destinatário, é preciso que, de um modo ou de outro, uma forma de contigüidade exista entre os protagonistas do ato da fala para que a transmissão da mensagem seja assegurada. A separação no espaço, e muitas vezes no tempo, de dois indivíduos, o remetente e o destinatário, é franqueada graças a uma relação interna: deve haver certa equivalência entre os símbolos utilizados pelo remetente e os que o destinatário conhece e interpreta. Sem tal equivalência, a mensagem se torna infrutífera — mesmo quando atinge o receptor, não o afeta.<sup>436</sup>*

E uma vez que a mensagem chegue ao receptor, este atribui significado ao signo linguístico que acaba tendo “sua tradução por outro signo que lhe pode ser substituído especialmente um signo ‘no qual ele se ache desenvolvido de modo mais completo’, como insistentemente afirmou Peirce”.<sup>437</sup> Há, assim, “uma realimentação, um *feedback*” entre a fala e a audição<sup>438</sup>, como diz Jakobson, e, então, o problema que pode ocorrer se dá quando o receptor não compreende adequadamente a mensagem, notadamente nos casos onde possa haver homonímia, como exemplifica Jakobson:

*Quando se diz “vão”, sabe-se de antemão se se quer dizer “vão” (adjetivo) ou “vão” (do verbo ir), ao passo que o ouvinte depende das probabilidades condicionais do contexto. Para o receptor, a mensagem apresenta grande número de ambigüidades onde não havia qualquer equívoco para o emissor. As ambigüidades do trocadilho e da poesia utilizam, para a emissão, esta propriedade da recepção.<sup>439</sup>*

Ou seja, quando há “uma semelhança parcial entre dois significados”, também pode haver “uma semelhança parcial entre os significantes” e nesses casos a mente muitas vezes opera por “metáforas ou metonímias”, promovendo a “vinculação de um significante a um significado secundário, associado por semelhança (ou por

<sup>436</sup> JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 40.

<sup>437</sup> JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 63.

<sup>438</sup> JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 80.

<sup>439</sup> JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 79 e 80.

contigüidade) com o significado primário”<sup>440</sup>. É o que ocorre, no diálogo exemplificativo dado mais uma vez pelo próprio Jakobson: “Por que é que você sempre diz Joana e Margarida, e nunca Margarida e Joana? Será porque prefere Joana à sua irmã gêmea?” “De modo nenhum; só porque assim soa melhor.”<sup>441</sup>

Nesse diálogo vê-se, nitidamente, que um dos interlocutores considerou que o outro, ao referir às duas pessoas nesta ordem, “Joana e Margarida”, e nunca ao seu inverso, somente poderia assim agir por conta de uma preferência do seu interlocutor para com Joana ao invés de Margarida, quando, pela explicação dada por este, assim agia por mera comodidade sonora na ordem dos nomes.

Portanto, nem sempre o que o emissor comunica é plenamente compreendido pelo receptor e, em algumas ocasiões o significado captado pelo receptor é completamente diverso daquele imaginado pelo emissor até porque o interno não se traduz como correspondência, é só uma dimensão do ato de fala. Esclarecimentos adicionais, portanto, por vezes são fundamentais para evitar mal entendidos. Essa compreensão é essencial para que se tenha presente a necessidade de se reduzir os fatores de complexidade das interlocuções promovidas em audiências das testemunhas. Se o juiz não compreendeu deve buscar esclarecimentos adicionais; e se compreendeu errado, esclarecimentos adicionais podem provocar mudanças de rumo da compreensão. Sobre o tema se retomará na Terceira Parte. Antes, porém, é preciso avançar para outros relevantes campos de discussão das filosofias da linguagem, seja no plano da pretensão de uma verdade consensuada, com Habermas, seja no plano de uma verdade ontológica, com Heidegger e depois Gadamer, na importante contribuição da verdade como referência existencial do ser-no-mundo.

## **Seção V – Habermas e a “verdade consensuada”: requisitos impossíveis de operar na prática processual penal.**

*O objetivo é a “fundamentação racional das prescrições culturais”, portanto, uma organização das relações sociais de acordo com o princípio de que a validade de*

<sup>440</sup> JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 111 e 112.

<sup>441</sup> JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 127.

*toda e qualquer norma, com consequências de ordem política, venha a depender de um consenso, obtido por meio de uma comunicação isenta de dominação.*

(JÜRGEN HABERMAS)<sup>442</sup>

Nessa trajetória da Filosofia da Linguagem também surgem como relevantes os contributos de Jürgen Habermas e Karl-Oto Apel, ambos conduzindo suas ideias no caminho pragmático da ação comunicativa. Estes autores, no entanto, consideram necessários diversos requisitos que operariam como condição de possibilidade da ação comunicativa, os quais acabam revelando a demonstração do desacerto de suas análises.

A “Teoria do Agir Comunicativo” de Habermas tem importância significativa quando considera a necessidade de dois ou mais sujeitos para que se atinja um consenso sobre alguma coisa. Habermas esclarece que procura substituir a razão prática pela razão comunicativa<sup>443</sup>. Sai da moral individual e caminha para a linguagem intersubjetiva. Considera que há uma relação de cooriginalidade entre o direito e a moral, a qual se localiza no âmbito da Constituição<sup>444</sup>. Busca, então, compreender a verdade num plano de consenso entre os interlocutores. Diz Habermas, que “a razão comunicativa começa distinguindo-se da razão prática porque já não é atribuída ao ator particular ou a um macrosujeito estatal-social”. E prossegue esclarecendo que o que torna possível a razão comunicativa está relacionada ao “meio linguístico, mediante o qual se concatenam as interações e se estruturam as formas de vida”<sup>445</sup>. Nessa perspectiva a teoria é interessante e importante, pois também abandona a filosofia da

---

<sup>442</sup> HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Tradução de José N. Heck, Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 297.

<sup>443</sup> HABERMAS, Jürgen. ***Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso***. 4ª ed., tradução para o espanhol de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 65.

<sup>444</sup> HABERMAS, Jürgen. *Derecho y Moral (Tanners Lectures 1986)*. In: ***Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso***. Ob. cit., pp. 535 e ss..

<sup>445</sup> HABERMAS, Jürgen. ***Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso***. Ob. cit., p. 65. Tradução nossa. No original, em espanhol: *La razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuída al actor particular o a un macrosujeito estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa.*

consciência que estava pautada pela relação sujeito-objeto e procura trabalhar à luz da linguagem como canal comunicativo numa relação sujeito-sujeito<sup>446</sup>. Substitui, portanto, como esclarece Simioni, uma “moral corretiva, que diz solipsisticamente ‘o que devo fazer’, por uma moral procedimental, que diz intersubjetivamente ‘como devemos proceder para saber o que devemos saber’”<sup>447</sup>.

Como explica Flavio Beno Siebeneichler, “Habermas descobre, com J. Searle, que a comunicação por linguagem comum é autorreferente e que os atos de fala possuem uma estrutura dupla”<sup>448</sup>. Habermas, assim, estabelece uma diferença entre o falar e o agir, esclarecendo que os “atos de fala interpretam-se a si próprios, têm uma estrutura autorreferente”, pois ao dizer algo o “locutor diz, ao mesmo tempo, o que faz”, mas esse “sentido performativo do ato de fala” só se torna “acessível a um potencial ouvinte” quando ele “renuncia à perspectiva de observador para abraçar a perspectiva de participante”<sup>449</sup>. Já uma ação, do ponto de vista do observador, “não pode ser descrita com segurança como a execução de um plano de ação específico; pois, para tal precisaríamos de conhecer a intenção associada a essa ação”<sup>450</sup>.

A partir de sua Teoria da Ação Comunicativa, Habermas procura estabelecer novo ponto de compreensão na interpretação do Direito pelo juiz. Parte do quanto Dworkin havia estabelecido para a obtenção de uma “decisão correta” e considera que é preciso avançar para além de uma decisão solipsista do isolado Juiz-Hércules de Dworkin, para “uma teoria discursiva do direito que faça depender a aceitabilidade racional das sentenças judiciais não somente da qualidade dos argumentos, mas também da estrutura do processo de argumentação”<sup>451</sup>. Com isso, Habermas afasta a ideia de que a correção da decisão possa se explicar “no sentido de uma teoria da

<sup>446</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo. Sobre a Crítica da Razão Funcionalista. Volume 2**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, São Paulo: Martins Fontes, 2012, pp. 06 e ss.

<sup>447</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 480. No texto de Habermas: HABERMAS, Jürgen. ***Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso***. Ob. cit., p. 71.

<sup>448</sup> SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Apresentação à Edição Brasileira. In: HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo. Racionalidade da Ação e Racionalização Social. Volume 1**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. XX.

<sup>449</sup> HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico**. Tradução de Lumir Nahodil. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 80-81.

<sup>450</sup> HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico**. Ob. cit., p. 80.

<sup>451</sup> HABERMAS, Jürgen. ***Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso***. Ob. cit., p. 297.

verdade como correspondência”<sup>452</sup>. Até aqui a tese de Habermas é válida, pois além de se afastar do equívoco compreensivo de que se possa privilegiar o discurso da verdade como correspondência no processo penal, Habermas premia o diálogo, o contraditório e, nesse sentido, sua tese é relevante. Habermas considera, então, acertadamente, que um argumento “substancial” particular, possui um “vazio de racionalidade”<sup>453</sup>.

No entanto, procurando estabelecer critérios que neutralizem essa unilateralidade do discurso do magistrado, Habermas aposta na possibilidade de se alcançar uma verdade cooperada, consensuada. Para tanto, estabelece que o procedimento argumentativo de busca cooperativa da verdade, pressupõe “condições ideais de uma situação de fala imunizada de forma especial contra a repressão e a desigualdade, uma situação de fala na qual os proponentes e os oponentes tematizem uma pretensão de validade” que se resolva somente com razões capazes de avaliar “se a pretensão defendida pelo proponente deve ou não ser recebida”<sup>454</sup>.

E é aí que reside o problema da verdade consensuada de Habermas, pois ele acredita ser possível desenvolver um procedimento capaz de dar ouvidos a todas as argumentações para, ao final, formar um “conjunto coerente, que se produz um acordo sem coerções a respeito da aceitação da pretensão de validade em litígio”<sup>455</sup>. Em suas palavras:

*No discurso racional supomos condições de comunicação que, primeiro, impedem uma interrupção da argumentação, que não seja racionalmente motivada; que, segundo, através de iguais direitos de todos a aceder à argumentação, assim como através de uma participação na argumentação, simétrica e dotada de iguais oportunidades, asseguram tanto a liberdade na eleição de temas, como também a inclusão das melhores informações e razões; e que, terceiro, excluem toda coerção que possa exercer-se desde fora sobre o processo de entendimento, ou que possa surgir desse processo de entendimento, a não ser a coerção do melhor argumento e*

---

<sup>452</sup> HABERMAS, Jürgen. ***Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso***. Ob. cit., p. 297-298.

<sup>453</sup> HABERMAS, Jürgen. ***Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso***. Ob. cit., p. 299.

<sup>454</sup> HABERMAS, Jürgen. ***Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso***. Ob. cit., p. 299.

<sup>455</sup> HABERMAS, Jürgen. ***Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso***. Ob. cit., p. 298.

*que, portanto, neutralizem todos os motivos com exceção daquele de busca cooperativa da verdade.*<sup>456</sup>

E ainda acrescenta, noutra passagem, um elemento adicional de validade do processo consensual da verdade relacionado à honestidade dos argumentos, isto é, os interlocutores devem ser sinceros, honestos no que externam, não podem querer enganar o outro. Neste ponto nem é preciso muito esforço para compreender como essa pretensão de verdade como consenso não funciona num processo penal no qual o réu não é obrigado a falar e ainda se tolera sua mentira em homenagem à ampla defesa<sup>457</sup>. De resto, como alude Lenio Streck, referindo-se a Gadamer, não há grau zero na compreensão e, assim, “não há como estabelecer condições ideais de fala para alcançar um resultado, a partir de uma “imparcialidade” proporcionada por um princípio D, como quer Habermas”<sup>458</sup>. Ademais, “cada um já vem de um lugar de compreensão, que é a pré-compreensão”<sup>459</sup>. Então, não há como eliminar as pré-compreensões, os pré-juízos de valor nessa pretensão de consenso.

Vale o registro de que o próprio Habermas acabou reduzindo o alcance de seu procedimentalismo, admitindo falhas como ele menciona em “Verdade e Justificação”, dizendo que “nesse meio tempo, eu me deixei convencer (sobretudo em discussões com Albrecht Wellmer e Cristina Lafont) de que não resulta dessa circunstância nenhuma conexão conceitual entre verdade e asertibilidade racional em condições

---

<sup>456</sup> HABERMAS, Jürgen. ***Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso***. Ob. cit., pp. 301-302. Tradução nossa. No original, em espanhol: *En el discurso racional suponemos condiciones de comunicación que, primero, impiden una interrupción de la argumentación, que no venga racionalmente motivada; que, segundo, a través de iguales derechos de todos a acceder a la argumentación, así como a través de una participación en la argumentación, simétrica y dotada de iguales oportunidades, aseguran tanto la libertad en la elección de temas, como también la inclusión de las mejores informaciones y razones; y que, tercero, excluyen toda coerción que pueda ejercerse desde fuera sobre el proceso de entendimiento, o que pueda surgir de ese proceso de entendimiento, a no ser la coerción del mejor argumento y que, por tanto, neutralizan todos los motivos a excepción del de la búsqueda cooperativa de la verdad.*

<sup>457</sup> Há, no entanto, quem defenda a possibilidade de que o processo penal se oriente por estas “condições ideais de fala”. Vide, por exemplo: VIVES ANTÓN, Tomás. *El Proceso Penal de la Presunción de Inocencia*. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Organizadas pela Faculdade de Direito de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut. Coordenação Maria Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 27-39.

<sup>458</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Ob. cit., p. 135.

<sup>459</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Ob. cit., p. 135.

ideais”<sup>460</sup>. Neste ponto ele esclarece que não se pode conceber a verdade como uma “propriedade inalienável” de enunciados, pois “até mesmo os argumentos que nos convencem aqui e agora da verdade de “p” podem se revelar falsos em outra situação epistêmica”<sup>461</sup>.

Seja como for, particularmente quando Habermas refere ao processo penal, deixa transparecer a crença em algumas falácias por ele tomadas como pressupostos para construção de uma verdade consensuada. Habermas refere, expressamente, que “a distribuição de papéis sociais no processo estabelece uma simetria entre o Ministério Público e a defesa” e que “durante o procedimento o tribunal pode assumir o papel de um terceiro imparcial de modos distintos – ativamente admitindo ou rechaçando provas, ou neutralmente, limitando-se a observar”<sup>462</sup>. E prossegue, explicando o que compreende do contexto da produção probatória no processo penal:

*Durante a produção da prova as cargas probatórias vêm reguladas para os participantes no processo de forma mais ou menos unívoca. O procedimento probatório mesmo – de forma muito mais marcada no processo civil que no processo penal – está sustentado em termos agônicos como uma espécie de competição entre partes que perseguem seus próprios interesses. Mesmo quando no processo penal o tribunal “com o objetivo de averiguar a verdade ampliará de ofício as diligências probatórias a todos os fatos e meios de prova que sejam relevantes para a decisão” (§244 sec. 2 StPO), os papéis nos quais se articula a participação no procedimento estão definidos de sorte que a prática de diligências probatórias não está estruturada em termos integralmente discursivos no sentido de uma busca cooperativa da verdade. Porém, da mesma forma que ocorre no procedimento anglo-saxão de jurados, os âmbitos estratégicos de ação estão também estruturados de sorte que, sendo possível, podem escutar-se todos os fatos relevantes para a constituição do estado de coisas de que se trata. E é isso que o Tribunal coloca na base da valoração das provas, valoração que é atribuição sua, e da decisão judicial que emite.*<sup>463</sup>

<sup>460</sup> HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação: ensaios filosóficos**. 2ª ed., tradução de Milton Camargo Mota, São Paulo: Edições Loyola, 2009, p. 48.

<sup>461</sup> HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação: ensaios filosóficos**. 2ª ed., tradução de Milton Camargo Mota, São Paulo: Edições Loyola, 2009, p. 48.

<sup>462</sup> HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Ob. cit., pp. 307.

<sup>463</sup> HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Ob. cit., pp. 307-308. Tradução nossa. No original, em espanhol: *Durante la práctica de la prueba las cargas de prueba vienen reguladas para los participantes en el proceso de forma más o menos unívoca. El procedimiento probatorio mismo – de forma mucho más*

Habermas, em seguida, aposta suas fichas na valoração das provas pelo juiz externadas de maneira fundamentada na sentença, as quais podem ser objeto de recursos às instâncias superiores, e, ao final, acabam sendo aceitas pelos implicados no processo e pela opinião pública<sup>464</sup>.

Vários aspectos dessa análise poderiam ser questionados. Habermas acredita que o juiz fique neutro quando inerte na questão probatória. Não há como se aceitar essa pretensão de neutralidade no juiz, mesmo naquele inerte, pois a inércia não afasta os pré-conceitos, em sentido negativo, do juiz-no-mundo, como se analisará de forma mais detalhada na Terceira Parte dessa tese. Ademais, a distribuição do ônus da prova no processo penal não é similar àquela do processo civil, como o próprio Habermas, timidamente, até admitiu *en passant*. Como se sabe, em decorrência da presunção de inocência do acusado, que orienta o processo penal, toda a carga probatória recai no Ministério Público. Não há, portanto, como considerar que exista uma “simetria entre o Ministério Público e a defesa” e que “as cargas probatórias vêm reguladas para os participantes no processo de forma mais ou menos unívoca”, como refere Habermas.

Assim, no âmbito do processo penal essa pretensão de buscar uma verdade consensuada ou “cooperada”, somente se dá quando o Ministério Público se convence, ao longo do processo, da inocência do acusado e busca para ele – e com ele – uma decisão favorável, obtendo-a do juiz. Ou nos modelos de justiça penal negociada, como ocorre na transação penal brasileira para as infrações penais de menor potencial ofensivo. Também é relevante considerar que o Ministério Público quando acusa o faz

---

*marcada en el proceso civil que en el proceso penal – está planteado en términos agonales como una especie de competición entre partes que persiguen sus propios intereses. Aun cuando en el proceso penal el tribunal – “al objeto de averiguar la verdad extenderá de oficio las diligencias probatorias a todos los hechos y medios de prueba que sean relevantes para la decisión” (§244, sec. 2, StPO), los papeles en que se articula la participación en el procedimiento están definidos de suerte que la práctica de diligencias probatorias no está estructurada en términos integralmente discursivos en el sentido de una búsqueda cooperativa de la verdad. Pero al igual que en el procedimiento anglosajón de jurados, los ámbitos estratégicos de acción están también estructurados de suerte que, a ser posible, pueden escucharse todos los hechos relevantes para la constitución del estado de cosas de que se trate. Y éstos son los que el tribunal pone a la base de la valoración de las pruebas, valoración que es cometido suyo, y del fallo jurídico que emite.*

<sup>464</sup> HABERMAS, Jürgen. ***Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso***. Ob. cit., p. 308-309.



à luz de um seu juízo valorativo de culpa em relação ao acusado, pois, do contrário, não deveria tê-lo acusado. O Ministério Público atinge em sua mente um prévio juízo de culpa em relação ao acusado ao decidir pela acusação. Pode até alterar sua compreensão de culpa se movendo do quadro mental já posto para outro, operando-se nele uma metanoia (uma forma diferente de enxergar o caso) e passar a também defender o acusado. Mas a defesa do acusado jamais poderá aceitar e se convencer dos argumentos acusatórios do Ministério Público a eles aderindo e sustentando, com ele, a culpa do acusado. Isso implicaria em violação do direito de ampla defesa, pois o acusado estaria sem efetiva defesa técnica. Ou seja, no processo penal, não há como se pretender usar, como princípio, a necessidade das partes estarem ambas abertas à possibilidade de consenso.

A verdade como consenso, portanto, não é alcançável como regra no âmbito do processo penal. Aliás, verdade não é consenso, pois o consenso não é condição para a verdade, não obstante a verdade seja condição para o consenso.

## **Seção VI – Martin Heidegger e sua filosofia de reação ao objetivismo positivista: o giro linguístico-ontológico do ser-no-mundo que aí-é e o círculo hermenêutico ôntico-ontológico do ser.**

*No compreender, a presença projeta o seu ser para possibilidades. Esse 'ser para possibilidades' em compreendendo é um poder-ser que repercute sobre a presença as possibilidades enquanto aberturas. O projetar inerente ao compreender possui a possibilidade própria de se elaborar em formas. Chamamos de interpretação essa elaboração. Nela, o compreender apropria-se do que compreende. (...) Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender.*  
(MARTIN HEIDEGGER)<sup>465</sup>

---

<sup>465</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 2ª ed., tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis: Vozes, 2007, p. 209.

Martin Heidegger (1889-1976) desenvolveu sua “primeira”<sup>466</sup> filosofia em contraponto ao quanto se havia estabelecido como verdades científicas positivistas no século XIX, nas quais, como já destacado acima, tudo era passível de ser analisado, classificado e organizado, baseado em certezas absolutas. Se tudo era passível de ser objetificado e estudado, o próprio ser humano também não escapou de ser analisado sob esse prisma classificatório, como se viu no desenvolvimento da Psicologia e da Psicanálise. Soma-se a este ambiente científico o amplo desenvolvimento da indústria e da tecnologia, sintetizado na ideia de uma “revolução industrial”. O mundo civilizado que resulta ao final do século XIX, portanto, era um mundo que acreditava ter alcançado o ápice da organização e da certeza, um mundo estabelecido em bases de uma “organização total”.

Mas esse quadro também gerou uma espécie de angústia coletiva, criando um caldo cultural propício a movimentos contrários. Não há como esquecer que nesse início do século XX havia um movimento forte em vários setores culturais, denominado de expressionismo, no qual, fruto justamente da angústia de viver, os artistas se sentiam impulsionados a externar uma realidade deformada que os consumia por dentro. Ainda nesse mesmo início de século eclodiu a Primeira Grande Guerra (1914-1918), provocando uma matança não antes vista, o que foi debitado também à evolução tecnológica e ao uso da ciência nesse incremento da tecnologia bélica, com aviões e novas armas capazes de destruir em maior escala. Esse marcante e triste evento da humanidade colaborou para que os vários questionamentos do expressionismo fossem levados adiante, com o ser humano se questionando se toda aquela evolução tecnológica da modernidade era suficiente para dar conta da complexidade do ser humano.

Assim, no início do século XX (um pouco antes até, se for levado em conta o quanto Nietzsche já havia colocado em questão o drama humano) emergiram novas teorias em contraponto ao “sucesso” do positivismo, questionando a redução das coisas às leis universais do positivismo.

---

<sup>466</sup> Os biógrafos e estudiosos da vida de Heidegger indicam dois momentos distintos de sua filosofia: um anterior à Segunda Guerra Mundial e outro posterior a ela.

Serve como exemplo marcante a fenomenologia de Edmund Husserl, que procurava reconhecer uma objetividade no pensamento humano, o que também provocou reflexões em Heidegger, já que ele foi assistente de Husserl em 1916<sup>467</sup>. De Husserl, inclusive, Heidegger herdou o método fenomenológico na elaboração da sua filosofia<sup>468</sup>, deixando claro que é a partir das “Investigações Lógicas” de Husserl, as quais fizeram nascer a fenomenologia, que Heidegger desenvolveu suas ideias<sup>469</sup>.

De fato, é da ideia de “fenômeno”, lida como a *aletheia* dos gregos antigos, como “mostrar-se”, como equivalente a “trazer para a luz do dia, por no claro”, como “o que se mostra em si mesmo”<sup>470</sup>, que Heidegger teve o *insight* de olhar para o ente como quem procura mostrar o que ele de fato é. A verdade desvelada, não mais tomada no sentido grego aristotélico de “concordância”, mas como “desvelamento”, como “des-cobrimento”<sup>471</sup>. Nessa questão da verdade, Heidegger criticou tanto o realismo quanto o idealismo, dizendo que ambos se equivocaram<sup>472</sup>. Segundo Heidegger, o realismo se equivocou, pois, “para demonstrar, recorre sempre a uma outra coisa” e, assim, assume a “possibilidade de en-cobrir”. E no idealismo “a verdade do juízo” acaba sendo apenas “a contrapartida deste encobrir, isto é, um fenômeno de verdade derivado em muitos aspectos”<sup>473</sup>. Com sua obra “Ser e Tempo”, então, Heidegger procura desvelar o “ser”, que estava tão profundamente encoberto que chegou a ser esquecido e, pior, até mesmo distorcido ao longo da história da filosofia<sup>474</sup>.

Foi, então, pouco depois da Primeira Grande Guerra e do contexto do referido caldo cultural evervescente que, em 1927, Heidegger publicou seu grande livro<sup>475</sup>, no

---

<sup>467</sup> Conforme indicam os autores que comentam sobre sua obra, *verbi gratia*, GIACOLA JR., Oswaldo. **Heidegger Urgente: introdução a um novo pensar**. São Paulo: Três Estrelas, 2013, p. 15.

<sup>468</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., pp. 65 e ss..

<sup>469</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 78.

<sup>470</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 67.

<sup>471</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 72.

<sup>472</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 276.

<sup>473</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 73.

<sup>474</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., pp. 75-76.

<sup>475</sup> Para Ernildo Stein esse seria o “único” livro de Heidegger, já que os demais seriam fruto de registros de suas aulas e seminários (STEIN, Ernildo. **Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 41). Sobre este ponto, Gianni Vattimo discorda, indicando outros livros anteriores a “Ser e Tempo”, publicados por Heidegger, como fruto de sua dissertação de Laurea e como resultado da tese de livre docência (VATTIMO, Gianni. **Introduzione a Heidegger**. Roma-Bari: Laterza, 1991, p. 05).

qual, como destaca Rüdiger Safranski, “em certo sentido” Heidegger “prossegue a obra de Nietzsche: pensar a morte de Deus e criticar os “últimos seres humanos” (Nietzsche) que recorrem a lamentáveis deuses-sucedâneos e nem admitem o terror pelo desaparecimento de Deus”. E o mesmo Safranski sintetiza: “em *Ser e Tempo* a fórmula da capacidade de poder sentir terror é: *coragem para a angústia*”<sup>476</sup>.

A preocupação inicial de Heidegger se centrava na compreensão do ser humano que para ele não poderia ser aquela figura estudada pela via científico-positivista<sup>477</sup>, que objetificava o homem. O que incomodava Heidegger, segundo análise de Gianni Vattimo<sup>478</sup>, era o fato de que, se tudo havia sido objetificado, inclusive o ser humano, ele não compreendia como o ser humano podia ser objeto dele mesmo. Em sua obra “Ser e Tempo” Heidegger coloca a questão do que significa “ser” a partir do “ente”. Em suas palavras:

*Enquanto questionado, ser exige, portanto, um modo próprio de demonstração que se distingue essencialmente da descoberta de um ente. Em consonância, ‘o perguntado’, o sentido do ser, requer também uma conceituação própria que, por sua vez, também se diferencia dos conceitos em que o ente alcança a determinação de seu significado.*<sup>479</sup>

Heidegger, então, diz da necessidade de se compreender que há um “ente” (que ele considerou como sendo a “presença” compreendida no homem<sup>480</sup>) que questiona o que é o “ser”. “Ser é sempre ser de um ente”, diz Heidegger<sup>481</sup>.

E esse questionamento a respeito do “ser” surge para Heidegger quando ele faz o contraponto com o conceito de ser que foi herdado da tradição positivista<sup>482</sup>, na qual o “ser” é pura objetividade, o que permite o questionar-se, como o faz Gianni Vattimo: “mas se o ser é objeto, o que eu sou?”<sup>483</sup> Heidegger considera que o ser não pode ser

<sup>476</sup> SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger. Um Mestre na Alemanha Entre o Bem e o Mal**. 2ª ed., tradução de Lyz Lerr Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 187.

<sup>477</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 45.

<sup>478</sup> VATTIMO, Gianni. *Heidegger e la filosofia della crisi*. In: **Il Caffè Filosofico: La Filosofia Raccontata dai Filosofi**. Torino: La Repubblica. L'Espresso. DigitalE, Media Publishing, 2009.

<sup>479</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 42.

<sup>480</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 52.

<sup>481</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 44.

<sup>482</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 47 e pp. 89 e ss..

<sup>483</sup> VATTIMO, Gianni. *Heidegger e la filosofia della crisi*. Ob. cit.

“uma coisa, uma sustância, um objeto<sup>484</sup>, pois eu não sou objetivo na medida em que vivo no “presente”<sup>485</sup> e “no mundo”<sup>486</sup> e tenho sentimentos e interesses oscilantes em relação ao tempo e ao espaço. Eu não sou apenas uma coisa, mas um “ser-aí”, isto é, um ser que olha ao redor do mundo, que está-aí por alguma razão, com algum propósito. O ser tem uma função, intenções, motivos<sup>487</sup>.

O ser, então, é visto por Heidegger como uma “presença ôntico-ontológica”, isto é, uma presença que tem um “primado múltiplo em relação a outros entes”, como explica o próprio Heidegger:

*O primeiro é um primado ôntico: a presença é um ente determinado em seu ser pela existência. O segundo é um primado “ontológico”: com base em sua determinação de existência, a presença é em si mesma “ontológica”. Pertence à presença, de maneira igualmente originária, e enquanto constitutiva da compreensão da existência, uma compreensão do ser de todos os entes que não possuem o modo de ser da presença. A presença tem, por conseguinte, um terceiro primado, que é a condição ôntico-ontológica da possibilidade de todas as ontologias. Deste modo, a presença se mostra como o ente que, ontologicamente, deve ser o primeiro interrogado, antes de qualquer outro.*<sup>488</sup>

Vale destacar e refletir a respeito da parte final do trecho acima transcrito, no qual Heidegger refere que “a presença se mostra como o ente que, ontologicamente, deve ser o primeiro interrogado”. Essa “ontologia” de que fala Heidegger, no entanto, deve ser bem compreendida. “Ontologia”, como explica Giacoia Jr., é “a disciplina filosófica que estuda o ser dos entes”<sup>489</sup> mas, para Heidegger, a ontologia “remete à pergunta pelo sentido do *Ser enquanto Ser*, e não ao ser dos entes em geral”<sup>490</sup>. Assim, “ôntico” é um “predicado dos entes como tais” e o “exemplo mais elevado desse tipo de atribuição são os conceitos gerais, que podem ser predicados de todos os entes que figuram em um discurso”, denominados de “categorias” por Aristóteles<sup>491</sup>. Já o

<sup>484</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 92.

<sup>485</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 48.

<sup>486</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 49; p. 53; p. 83 e pp. 98 e ss..

<sup>487</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 44.

<sup>488</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p.49.

<sup>489</sup> GIACIOIA JR. Oswaldo. **Heidegger Urgente: introdução a um novo pensar**. Ob. cit., p. 53.

<sup>490</sup> GIACIOIA JR. Oswaldo. **Heidegger Urgente: introdução a um novo pensar**. Ob. cit., p. 57.

<sup>491</sup> GIACIOIA JR. Oswaldo. **Heidegger Urgente: introdução a um novo pensar**. Ob. cit., p. 57.

“ontológico remete ao plano do Ser, em sua diferença para com os entes. O termo ontológico não diz respeito às características particulares dos entes existentes ou possíveis, mas designa o funcionamento originário que os torna o que eles essencialmente são, ou seja, que os constitui em seu ser próprio”, como ainda explica Giacoia Jr.<sup>492</sup> Em outras palavras: quando se faz uma investigação “ôntica” se investiga como as coisas são em suas formas, isto é, como elas são em sua matéria, altura, peso, cor, etc. É o que Heidegger chama de “entes intramundanos”. O homem, nessa análise ôntica, explica Giacoia Jr., é um ente “intramundano”, como refere Heidegger<sup>493</sup>, quando é analisado como qualquer outro animal ou planta, ou mesmo como também são os números, minerais ou seres fictícios<sup>494</sup>. Já numa investigação “ontológica” é preciso levar em conta uma série de outros fatores constitutivos do ser e suas variações em função do tempo. E aí o homem é ontologicamente visto de outra forma.

Nessa compreensão ontológica do homem, Heidegger utiliza palavra *Dasein* que, em alemão, provém da conjunção entre “*Da*” (aí) e “*sein*” (ser). Em português costuma ser traduzida por “ser-no-mundo”, ou “ser-aí”. E “aí” não no sentido espacial (como se fosse o contraponto de “aqui”), mas no sentido de exterioridade<sup>495</sup>. No plano ontológico, portanto, *Dasein* (o ser-aí) é o “ser-no-mundo”, como refere Heidegger, o que remete à importância de se questionar o “ser-aí” à luz de sua contingência, de sua faticidade<sup>496</sup>, de sua cotidianidade desvelada “como modo da temporalidade”<sup>497</sup> e, portanto, também de sua finitude (morte)<sup>498</sup>. Para Heidegger o tempo é o “horizonte de toda compreensão e interpretação do ser”, “o tempo é de onde a presença em geral compreende e interpreta implicitamente o ser”<sup>499</sup>. Mas a ideia de “temporalidade” em Heidegger é lida como “este fenômeno unificador do porvir que atualiza o vigor de ter sido” e não “pelo conceito vulgar de tempo como ‘futuro’, ‘passado’ e ‘presente’”<sup>500</sup>.

<sup>492</sup> GIACOA JR. Oswaldo. **Heidegger Urgente: introdução a um novo pensar**. Ob. cit., p. 58.

<sup>493</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 102.

<sup>494</sup> GIACOA JR. Oswaldo. **Heidegger Urgente: introdução a um novo pensar**. Ob. cit., p. 58.

<sup>495</sup> GIACOA JR. Oswaldo. **Heidegger Urgente: introdução a um novo pensar**. Ob. cit., p. 63.

<sup>496</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., pp. 102 e ss..

<sup>497</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 307; pp. 416 e ss.; pp. 419 e ss..

<sup>498</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., pp. 309 e ss..

<sup>499</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 55 e p. 57.

<sup>500</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., pp. 410-411.

Para Heidegger o ser humano está no mundo como um “projeto lançado” no mundo<sup>501</sup> (ou, como se traduz do alemão para o italiano: *progetto gettato*<sup>502</sup>, que também poderia ser traduzido para o português como “projeto jogado”), ou seja, como alguém que chegou ao mundo como uma espécie de “*tabula rasa*”<sup>503</sup> (influência dos empiristas), porém num mundo já posto, com linguagem dada, cultura dada, com significados dados e que, portanto, chegou como alguém que foi “lançado” (ou “jogado”) nesse mundo como um projeto de continuidade, considerando o que se herdou da tradição e considerando o que se pode contribuir para frente<sup>504</sup>. Assim, o ser humano se relaciona com as coisas de forma aberta (num determinado estado de espírito) e numa determinada temporalidade<sup>505</sup>.

E estar neste mundo como um “projeto lançado” (ou “jogado”), como refere Heidegger, é dar conta de toda essa tradição histórica precedente e de suas condições pessoais naquele momento. Uma vez que recebe essa carga toda, o ser humano olha ao redor e percebe os objetos como instrumentos para uma finalidade a ser buscada a partir do seu ser<sup>506</sup>. Age, nesse contexto, interessado, seja para mudar o mundo, seja para mantê-lo, seja por qualquer outro motivo, mas não como uma coisa inanimada. Não há um ser desinteressado. O cientista pode até se despir de seus prejuízos e preconceitos quando vai investigar alguma coisa, mas se investiga é porque tem algo em mente, um objetivo, busca alguma coisa<sup>507</sup>. Age-se num “circulo ontológico-hermenêutico”. E, como diz Heidegger, “o decisivo não é sair do círculo, mas entrar no círculo de modo adequado”<sup>508</sup>, pois “nele se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário, que, decerto, só pode ser apreendida de modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não

<sup>501</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 247; p. 412; p. 426; p. 475.

<sup>502</sup> Em italiano a tradução do termo alemão é para “*progetto gettato*”, cuja tradução literal para o português é “projeto jogado”. Essa tradução é mais significativa do que aquela que usualmente vem sendo empregada pelos tradutores da obra de Heidegger para a língua portuguesa (“projeto lançado”), pois representa melhor a ideia de Heidegger. Ser um “projeto jogado no mundo”, portanto, é mais significativo do que ser um “projeto lançado no mundo”. Nesse sentido VATTIMO, Gianni. **Introduzione a Heidegger**. Ob. cit., p. 32.

<sup>503</sup> Como explica VATTIMO, Gianni. **Introduzione a Heidegger**. Ob. cit., p. 30.

<sup>504</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., pp. 58 e ss..

<sup>505</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., pp. 303 e ss..

<sup>506</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., pp. 116 e ss.

<sup>507</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 40.

<sup>508</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 214.

se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos populares e inspirações<sup>509</sup>. Assim, “toda interpretação funda-se no compreender”<sup>510</sup> e o “compreender guarda em si a possibilidade de interpretação, isto é, de uma apropriação do que se compreende”<sup>511</sup>.

E isso se faz nessa “presença” cuja possibilidade ontológica, refere Heidegger, se dá numa significância na qual ela esteja “familiarizada” e “em seus movimentos de compreender e interpretar, pode abrir ‘significados’, que, por sua vez, fundam a possibilidade da palavra e da linguagem”<sup>512</sup>. “A fala”, diz Heidegger, “é a articulação da compreensibilidade. Por isso, a fala se acha à base de toda interpretação e enunciado”<sup>513</sup>.

Portanto, quando alguém procura dizer da verdade das coisas o faz a partir do seu “projeto lançado” (ou “jogado”) e nessa “presença”, nos quais será necessário fazer uso da linguagem, mesmo que aí “abra significados” próprios do ser. É através da linguagem que o “ser-aí” se desvela. Heidegger afirma que “o pensar consoma a relação do ser com a essência do homem”<sup>514</sup>, ou seja, o pensar oferece essa relação ao ser, sendo que “esta oferta consiste no fato de, no pensar o ser ter acesso à linguagem”<sup>515</sup> e que, por sua vez, “a linguagem é a casa do ser” e “nessa habitação do ser mora o homem”<sup>516</sup>. Em outras palavras: o sujeito tem um determinado vocabulário, fruto de seu “projeto lançado” (ou “jogado”) no mundo, ou seja, das condições históricas nas quais está situado<sup>517</sup>, num determinado tempo e espaço e é com este arcabouço linguístico que consegue pensar. Assim, é pela linguagem que ele se desvela, desvela o seu ser. Enfim, a linguagem “é a casa da verdade do ser”<sup>518</sup>.

A influência do “*a priori*” de Kant aqui, também é evidente e referida em diversas passagens por Heidegger<sup>519</sup>. Gianni Vattimo explica que a diferença essencial entre os

<sup>509</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., pp. 214-215.

<sup>510</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 215.

<sup>511</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 223.

<sup>512</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 138.

<sup>513</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 223.

<sup>514</sup> HEIDEGGER, Martin. **Carta Sobre o Humanismo**. 2ª ed., tradução de Rubens Eduardo Frias, São Paulo: Centauro Editora, 2010, p. 07.

<sup>515</sup> HEIDEGGER, Martin. **Carta Sobre o Humanismo**. Ob. cit., p. 08.

<sup>516</sup> HEIDEGGER, Martin. **Carta Sobre o Humanismo**. Ob. cit., p. 08.

<sup>517</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., pp. 463 e ss..

<sup>518</sup> HEIDEGGER, Martin. **Carta Sobre o Humanismo**. Ob. cit., p. 16.

<sup>519</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 40; p. 46; p. 61; p. 62; p. 65.



dois é que para Kant a razão humana deveria funcionar sempre do mesmo modo (imperativos categóricos), não interessa as circunstâncias de tempo e espaço; já Heidegger compreende que a mente não sendo um objeto para ela mesma, opera de forma variável, oscilante, pois as pessoas somente são quando inseridas num mundo que traz um determinando conjunto de prejuízos, preconceitos, pressupostos, culturais e principalmente linguísticos<sup>520</sup>.

Heidegger ainda refere à questão da comunicação pela fala que “nunca é a transposição de vivências, por exemplo, de opiniões e desejos, do interior de um sujeito para o interior de outro sujeito”<sup>521</sup>. E afirma que nessa comunicação do compreender é preciso “escutar”, pois não é à toa que se diz não compreender alguma coisa quando não se escuta “bem” (“a escuta é constitutiva da fala” e “escutar é o estar aberto existencial da presença enquanto ser-com os outros). Mas, além de “escutar”, também é preciso, sobretudo, “ouvir”, pois o “ouvir possui o modo de ser de uma escuta compreensiva”<sup>522</sup> e a “tendência ontológica da comunicação é fazer o ouvinte participar do ser que se abriu para o ser que se fala”<sup>523</sup>. Até porque a verdade é relativa ao ser da presença e “possibilita pressuposições”<sup>524</sup> e, assim, “pressupor ‘verdade’ significa, pois, compreendê-la como algo em virtude da qual a presença é”<sup>525</sup>. Desta forma, diz Heidegger, “do mesmo modo que não se pode refutar um cético, não se pode ‘provar’ o ser da verdade”<sup>526</sup>.

Enfim, o que Heidegger procura transmitir é que a verdade do ser é sempre uma verdade contingencial e temporal, de um ser-no-mundo que não consegue apreender o todo justamente porque, ao pensar sobre alguma coisa, algo não consegue ser pensado e este algo que não consegue ser pensado é justamente o que torna possível o pensamento. Como refere Emmanuel Carneiro Leão: “este ‘não pensado’, que nunca poderá ser pensado, é, pois, um nada”<sup>527</sup>.

---

<sup>520</sup> VATTIMO, Gianni. *Heidegger e la filosofia della crisi*. In: *Il Caffè Filosofico: La Filosofia Raccontata dai Filosofi*. Ob. cit.

<sup>521</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Ob. cit., p. 225.

<sup>522</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Ob. cit., p. 226.

<sup>523</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Ob. cit., p. 232.

<sup>524</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Ob. cit., p. 299.

<sup>525</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Ob. cit., p. 299.

<sup>526</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Ob. cit., p. 300.

<sup>527</sup> LEÃO, Emmanuel Carneiro. Posfácio. In: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Ob. cit., p. 550.

Com essa forma de compreender o ser-no-mundo e a questão da verdade sendo orientada a partir de uma comunicação e da linguagem num “círculo hermenêutico” no qual “o conhecimento prático e o conhecimento teórico se relacionam a partir de uma circularidade”<sup>528</sup>, como refere Lenio Streck, Heidegger “desloca o solipsismo subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação”<sup>529</sup>, o que será melhor estruturado com Gadamer, como se passa a expor.

## **Seção VII – A hermenêutica ontológica de Gadamer e sua verdade “contra” o método.**

*JG: Em seu postulado, o Sr. destaca a estrutura prévia da compreensão insistindo numa demonstração das coisas elas mesmas, como reza o lema fenomenológico de Husserl e de Heidegger. Como podem essas duas coisas estar ligadas: precedência da estrutura do preconceito e demonstração da coisa ela mesma? Uma coisa não exclui a outra?*

*HGG: Sim, se pudéssemos desvincular totalmente nossos preconceitos. Mas nossos preconceitos se definem precisamente pelo fato de que nós não temos ciência dos mesmos.*

*(...)*

*JG: (...) a famosa formulação de sua obra, provavelmente a mais citada: “o ser que pode ser compreendido é linguagem”. O que o Sr. tem em mente com essa formulação?*

*HGG: Quer dizer sobretudo uma coisa: o ser que pode ser experimentado e compreendido significa o ser da fala. É só passando pela linguagem que o ser pode ser compreendido. (...) Vou dar um exemplo: certa vez Heidegger falou que “a linguagem fala”. Devo confessar que me contrapus por longo tempo ao paradoxo*

---

<sup>528</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas*. In: **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método** (Organizadores: STEIN, Ernildo e STRECK, Lenio Luiz), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 153-172, p.155.

<sup>529</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas*. Ob. cit., p.154.

*forçado dessa formulação de Heidegger. (...) Que fique claro que quem fala é o homem que respectivamente fala. Ora, nesse meio tempo, compreendi o que Heidegger tinha em mente ao dizer que a linguagem fala. É claro que quem fala ali é alguém, mas esse não existe sem ser restringido pela linguagem, uma vez que a quem fala nem sempre lhe vem a palavra certa. Para saber o quanto resta de não dito quando se fala alguma coisa, é necessária a hermenêutica.*

(Diálogo entre JEAN GRONDIN e HANS-GEORG GADAMER)<sup>530</sup>

Hans-Georg Gadamer (1900-2002) é discípulo de Martin Heidegger e teve o privilégio de viver cento e dois anos. Assim, ao longo do século XX desenvolveu seu pensamento e, numa nova “viragem linguística”, “transformou” a “Filosofia Hermenêutica” iniciada por seu mestre, em “Hermenêutica Filosófica”<sup>531</sup>, condensada em sua obra principal intitulada “Verdade e Método”, publicada em 1960<sup>532</sup>.

Já de início é preciso estar atento ao título da referida obra e não cometer equívocos de compreensão do quanto Gadamer pretendeu com esse título. Ao colocar a “verdade” e o “método”, assim, “lado a lado”, Gadamer realçou, de forma crítica, a importância que a humanidade vinha dando ao “método” para descobrir a “verdade”. O método era tão importante no positivismo científico dos oitocentos que chegou a se equivaler à própria verdade. O que Gadamer, então, quis criticar, já de início, no próprio título de sua obra, é que não é possível considerar a verdade vinculada a um método, pois ela somente se dá através de um sentido que ocorre na situação concreta. Para Gadamer não existem verdades dadas, de antemão e prontas a serem descobertas por um método. Trata-se, portanto, como destaca Lenio Streck, de uma “verdade contra o

<sup>530</sup> GRONDIN, Jean (Organizador). **O Pensamento de Gadamer**. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Paulus, 2012, p. 505.

<sup>531</sup> STEIN, Ernildo. Gadamer e a Consumação da Hermenêutica. In: **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Ob. cit., pp. 09-24.

<sup>532</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 10ª ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 559 e ss..

método”<sup>533</sup>. Ou, como refere o próprio Gadamer no Prefácio à 2ª edição de sua obra “Verdade e Método”:

*A questão colocada aqui quer descobrir e tornar consciente algo que foi encoberto e ignorado por aquela disputa sobre os métodos, algo que, antes de limitar e restringir a ciência moderna, precede-a e em parte torna-a possível.*<sup>534</sup>

É assim que a obra de Gadamer deve ser considerada. Some-se então, a importância que Heidegger, Schleiermacher<sup>535</sup> e Dilthey<sup>536</sup> tiveram na estruturação da filosofia gadameriana. Como o próprio Gadamer admite no mesmo prefácio à 2ª edição de “Verdade e Método”, para desenvolver sua filosofia contra o método ele se aproveita do quanto Heidegger considerou a respeito de uma estrutura prévia da compreensão e do círculo hermenêutico<sup>537</sup>. Ademais Gadamer leva em conta também o que ele denomina de “pré-história da hermenêutica do século XIX” e nela aparece a influência de Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher (1768-1834) notadamente nessa questão do círculo hermenêutico e da utilização da hermenêutica para além das tradicionais formas voltadas apenas para textos bíblicos ou jurídicos. Foi Schleiermacher quem acenou para a possibilidade de uma compreensão hermenêutica para além destes horizontes, ou seja, uma hermenêutica geral, aplicada para todos os campos do conhecimento humano e não apenas para a religião ou o direito. Gadamer considera que a contribuição de Schleiermacher se deu no desenvolvimento de uma “verdadeira doutrina da arte de compreender em vez de uma ‘agregação de observações’”, sendo

---

<sup>533</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Problema da Decisão Jurídica em Tempos Pós-Positivistas. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ**. Volume 14, nº 02, Itajaí: Univali – Universidade Vale do Itajaí, 2º quadrimestre de 2009, pp. 03-26, p. 08. Disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1766/1406>, acesso em 01.10.2014.

<sup>534</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 15.

<sup>535</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., pp. 254 e ss..

<sup>536</sup> DILTHEY, Wilhelm. **A Essência da Filosofia**. Tradução de Marco Antônio Casanova, Petrópolis: Vozes, 2014.

<sup>537</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 16.

que Schleiermacher “chega inclusive a definir que ‘a hermenêutica é a arte de evitar o mal-entendido’”<sup>538</sup> numa compreensão circular. Nas palavras de Schleiermacher:

*Hermenêutica e Crítica, ambas disciplinas filológicas, ambas ciências da arte, pertencem uma a outra, pois o exercício de cada uma supõe a outra. Aquela é no geral a arte de compreender corretamente o discurso de alguém outro, predominantemente o escrito, e esta é a arte de avaliar corretamente e de constatar, à base de testemunhos e dados suficientes, a autenticidade dos escritos e das passagens. Uma vez que a crítica somente pode conhecer a importância dos testemunhos em relação a obras ou passagens duvidosas após a devida e correta compreensão das últimas, o seu exercício supõe a hermenêutica. Por outro lado, uma vez que a interpretação na averiguação do sentido só pode se dar com segurança quando a autenticidade do escrito ou da passagem pode ser pressuposta, também o exercício da hermenêutica supõe a crítica.*<sup>539</sup>

E a respeito da mecânica de compreensão Schleiermacher explicita o móvel progressivo e necessário dos esclarecimentos adicionais:

*progredindo pouco a pouco desde o início de uma obra, a compreensão gradual, de cada particular e das partes do todo que se organiza a partir delas, sempre é apenas provisória; um pouco mais completa, se nós podemos abarcar com a vista uma parte mais extensa, mas também começando com novas incertezas [e como no crepúsculo], quando nós passamos a uma outra parte, [porque então] temos diante de nós um novo começo, embora subordinado; no entanto, quanto mais nós avançamos, tanto mais tudo o que precede é esclarecido pelo que segue, até que no final então cada particular como que recebe de um golpe sua plena luz e se apresenta com contornos puros e determinados.*<sup>540</sup>

E logo em seguida Schleiermacher sintetiza sua compreensão circular, dizendo que “faz-se necessário certamente, assim, uma compreensão do todo” para então afirmar que “nós podemos, depois que o todo esteja dado, retroceder aos elementos, para então compreendê-los mais precisa e completamente a partir do todo”<sup>541</sup>. Sobre

<sup>538</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 255.

<sup>539</sup> SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. **Hermêutica e Crítica. Volume 1**. Tradução de Aloísio Ruedell, Ijuí: Editora Unijuí, 2005, p. 87.

<sup>540</sup> SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Tradução de Celso Reni Braida, Petrópolis: Vozes, 1999, pp. 49-50.

<sup>541</sup> SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Ob. cit., p. 51.

essa questão Gadamer considera, então, que “compreender é sempre um mover-se nesse círculo, e é por isso que o constante retorno do todo às partes e vice-versa se torna essencial”<sup>542</sup>. Gadamer ainda acrescenta que “esse círculo está sempre se ampliando, já que o conceito do todo é relativo e a interpretação em contextos cada vez maiores afeta sempre também a compreensão do individual”<sup>543</sup>. Nesse aspecto, continua Gadamer, é sempre nesse movimento circular de “vaivém” que “se aprende a compreender uma opinião estranha, uma língua estrangeira ou um passado estranho”<sup>544</sup>. E conclui, citando uma passagem de Schleiermacher: “o movimento circular ocorre porque ‘nada do que se deve interpretar pode ser compreendido de uma só vez’”<sup>545</sup>.

Como destacado acima, Wilhelm Dilthey (1833-1911) colaborou para ampliar a base dessa discussão, colocando a questão de que o ser humano, inserido em seu mundo, no seu tempo, tem visões particulares e próprias, unilaterais, as quais colidem com os juízos universais<sup>546</sup>. Dilthey esclarece que o “modo de comportamento, no qual concebemos o vivenciado e o dado, gera nossa imagem de mundo, nossos conceitos de realidade efetiva, as ciências particulares, nas quais o conhecimento dessa realidade efetiva se distribui – e, com isso, o nexos final do conhecimento da realidade efetiva”<sup>547</sup>.

Assim, segundo Dilthey, o homem precisa ampliar sua visão particular do mundo colocando-se no lugar do outro, o que se efetiva, circularmente, através da compreensão<sup>548</sup>. Vê-se, portanto, como estes dois autores foram importantes, tanto

---

<sup>542</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 261.

<sup>543</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 261.

<sup>544</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 263.

<sup>545</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 263.

<sup>546</sup> DILTHEY, Wilhelm. Ob. cit., p. 154: “Assim, a metafísica se encontra no ponto final de seu caminho com a teoria do conhecimento, que tem o próprio sujeito conceitor por seu objeto. A transformação do mundo no sujeito que concebe por meio dos sistemas modernos é por assim dizer a eutanásia da metafísica”. No mesmo sentido é a referência à compreensão de Dilthey em CASANOVA, Marco Antonio. Apresentação à Edição Brasileira. In: GADAMER, Hans-Georg. **Hermêutica da Obra de Arte**. Ob. cit., p. VIII.

<sup>547</sup> DILTHEY, Wilhelm. Ob. cit., p. 60.

<sup>548</sup> CASANOVA, Marco Antonio. Apresentação à Edição Brasileira. In: GADAMER, Hans-Georg. **Hermêutica da Obra de Arte**. Ob. cit., p. VIII.

para a filosofia de Heidegger e sua construção de “ser-no-mundo” inserido numa circularidade que vai da “pré-compreensão”<sup>549</sup> até a “compreensão” plena através da linguagem (repita-se o alerta heideggeriano: “o decisivo não é sair do círculo, mas entrar no círculo de modo adequado”<sup>550</sup>), quanto para Gadamer. Aliás, para Gadamer o problema dos projetos filosóficos de Schleiermacher e Dilthey residia no fato deles se aproximarem da essência da compreensão a partir do modelo da ciência, do qual Gadamer busca se afastar em sua obra principal “Verdade e Método”<sup>551</sup>.

De fato, “Verdade e Método” é estruturada em três partes nas quais Gadamer procura fazer uma crítica à metodologia das ciências modernas, explorando a hermenêutica na arte, na história e na linguagem. Ele inicia colocando a questão de que “compreender e interpretar textos não é um expediente reservado apenas à ciência, mas pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo”<sup>552</sup> e, ademais, “na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método”<sup>553</sup>. Esclarece Gadamer:

*O fenômeno da compreensão e a maneira correta de se interpretar o compreendido não são apenas um problema específico da teoria dos métodos aplicados nas ciências do espírito. Desde os tempos mais antigos, sempre houve uma hermenêutica teológica e outra jurídica, cujo caráter não era tanto teórico-científico, mas correspondia e servia muito mais ao procedimento prático do juiz ou do sacerdote instruídos pela ciência. Por isso, desde sua origem histórica, o problema da hermenêutica ultrapassa os limites que lhe são impostos pelo conceito metodológico da ciência moderna.*<sup>554</sup>

E ao explorar a questão da compreensão nas dimensões da arte, da história e da linguagem Gadamer o faz para demonstrar que são “modos de experiência nos quais se manifesta uma verdade que não pode ser verificada com os meios

<sup>549</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., pp. 211 e ss..

<sup>550</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 214.

<sup>551</sup> CASANOVA, Marco Antonio. Apresentação à Edição Brasileira. In: GADAMER, Hans-Georg. **Hermêutica da Obra de Arte**. Ob. cit., p. IX.

<sup>552</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 29.

<sup>553</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 29.

<sup>554</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 29.

metodológicos da ciência”<sup>555</sup>. Nessa medida, considera que todas elas se dão através da linguagem e, assim, fora da linguagem não há como haver compreensão.

Então, tem-se em Gadamer uma filosofia “contra o método” que melhor explora a questão da hermenêutica heideggeriana na chamada “Hermenêutica Filosófica”.

Segundo explica Ernildo Stein:

*denominar a hermenêutica de filosófica dava a Gadamer dois tipos de liberdade. Em primeiro lugar, o autor poderia introduzir uma maneira de compreender diferente daquela das ciências do espírito. Mas, de outro, Gadamer, por assim dizer, se libertava do uso estrito de hermenêutica, como aparecia em Heidegger, o que lhe permitia modificar também o seu conceito de compreensão.*<sup>556</sup>

Para Gadamer “o sujeito que compreende não o faz elegendo arbitrariamente um ponto de vista, pois seu lugar lhe é dado com anterioridade”<sup>557</sup>. Para ele “todo saber-se procede de um dado histórico prévio”, e isso ocorre, explica Gadamer, porque o saber “suporta toda opinião e comportamento do sujeito e, com isso, prefigura e delimita toda possibilidade de compreender uma tradição em sua alteridade histórica”<sup>558</sup>. Gadamer segue o entendimento de Heidegger nesse aspecto, considerando que a compreensão – como antecipação de sentido – sempre acontece antes<sup>559</sup> e, assim, “os métodos de interpretação sempre chegam tarde”, como mais uma vez recorda Lenio Streck<sup>560</sup>. Nas palavras de Gadamer:

*Faz muito tempo que nem tudo aquilo que acompanhamos com a consciência de nossa liberdade é realmente consequência de uma decisão livre. Fatores inconscientes, compulsões e*

---

<sup>555</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 30.

<sup>556</sup> STEIN, Ernildo. Gadamer e a Consumação da Hermenêutica. In: **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Ob. cit., p. 12.

<sup>557</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas. Ob. cit., p. 162.

<sup>558</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 399.

<sup>559</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., pp. 354 e ss..

<sup>560</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas. Ob. cit., p. 162.



*interesses não dirigem apenas nosso comportamento, mas também determinam nossa consciência.*<sup>561</sup>

Porém, diz Gadamer, “toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’”<sup>562</sup>, o que, segundo ele, não seria “uma decisão ‘heróica’, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente, ‘a tarefa primeira, constante e última’”<sup>563</sup>. Gadamer diz, então, que interpretar é explicitar o compreendido<sup>564</sup>. Com a interpretação, então, não se quer “buscar uma verdade” previamente dada.

Diversamente do quanto Schleiermacher e Dilthey pensavam, isto é, de que seria possível, pela circularidade, encontrar (ou reencontrar) o sentido dado pelo autor, como explica Casanova<sup>565</sup>, Gadamer considera que na interpretação a compreensão, recheada de preconceitos e pressupostos, “atualiza” o que ela abre de sentidos possíveis. Porém, atualiza esses sentidos sem que a pessoa fique presa aos seus preconceitos e pressupostos iniciais, pois esse “projeto prévio” deve “ir sendo constantemente revisado (...) conforme se avança na penetração do sentido”<sup>566</sup>.

Desta forma, e na mesma linha de Heidegger, Gadamer esclarece que “quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas”<sup>567</sup> e, assim, é através da revisão constante do projeto prévio de sentido, decorrente de “projetos rivais” que “possam se colocar lado a lado” na antecipação de “um novo projeto de sentido”, que faz com que a interpretação que começou “com conceitos prévios” possa permitir que eles sejam substituídos por outros

---

<sup>561</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica da Obra de Arte**. Tradução de Marco Antonio Casanova, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 50.

<sup>562</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 355.

<sup>563</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 355.

<sup>564</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 406.

<sup>565</sup> CASANOVA, Marco Antonio. Apresentação à Edição Brasileira. In: GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica da Obra de Arte**. Ob. cit., p. X.

<sup>566</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 356.

<sup>567</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 356.

mais adequados, “até que se estabeleça univocamente a unidade de sentido”<sup>568</sup>. E complementa dizendo que “a compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrarias”<sup>569</sup>.

Assim, prossegue Gadamer, “quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto”<sup>570</sup>. Portanto, não é possível ignorar o outro ou o texto; ao contrário, como explica Gadamer, a “tarefa hermenêutica” é pautada pela coisa em questão e está “sempre codeterminada por esta”<sup>571</sup>. Assim, quem quer compreender um texto ou uma fala “deve estar disposto a deixar” que esse texto ou o outro “lhe diga alguma coisa”, não se entregando “de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias”<sup>572</sup>. E isso “não pressupõe uma ausência de neutralidade em relação à coisa”, “nem tampouco um anulamento de si mesmo”, mas uma compreensão dos “próprios pressupostos” permitindo que o “texto possa apresentar-se em sua alteridade” e se possa, então, “confrontar” a verdade dele com as suas “opiniões prévias pessoais”<sup>573</sup>. E tudo isso ocorre simultaneamente, pois a interpretação não é um ato posterior à compreensão e a aplicação também não é um terceiro momento, como afirmava a velha tradição hermenêutica. “Compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão” a qual se estrutura na linguagem e se completa na aplicação ao caso concreto<sup>574</sup>. Compreender a lei, por exemplo, é “compreendê-la a cada instante, ou seja, compreendê-la em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui,

---

<sup>568</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 356.

<sup>569</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 356.

<sup>570</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 358.

<sup>571</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 358.

<sup>572</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 358.

<sup>573</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 358.

<sup>574</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 406.

compreender é sempre também aplicar”<sup>575</sup>. Gadamer exemplifica a questão no contexto da interpretação jurídica, dizendo que “o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário”<sup>576</sup>. E explica:

*Assim, fica claro o sentido da aplicação que já está de antemão em toda forma de compreensão. A aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito.*<sup>577</sup>

Lenio Streck esclarece que “explicitar o compreendido quer dizer que a compreensão ocorre em um nível estruturante (razão hermenêutica) em que o sentido se dá de forma antecipada, face aos nossos inelutáveis pré-juízos (autênticos ou inautênticos) que temos acerca dos entes intramundanos”<sup>578</sup>. E prossegue: “a explicação desse compreendido é a forma de entificação minimamente necessária para que, no plano da intersubjetividade – portanto, superando o cognitivo esquema sujeito-objeto – consigamos nos comunicar”<sup>579</sup>.

E nesse contexto entra em jogo a questão da linguagem, com ponderação de Gadamer de que:

*A própria expressão “uso de linguagem” sugere que existem coisas que ultrapassam a essência de nossa experiência de mundo que se dá na linguagem. Isso dá a impressão de que dispomos de palavras guardadas no bolso da calça, das quais lançamos mão quando precisamos, como se o uso de linguagem estivesse submetido ao arbítrio de quem utiliza a linguagem. A linguagem não depende de quem a usa. Na verdade, uso de linguagem significa também que a língua resiste a ser usada de maneira equivocada. É a própria língua que prescreve o que significa o*

<sup>575</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 408.

<sup>576</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 409.

<sup>577</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., pp. 446-447.

<sup>578</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas*. Ob. cit., p. 166.

<sup>579</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas*. Ob. cit., p. 166.

*uso de linguagem. Não se trata de uma mitologização da linguagem, mas de uma exigência da linguagem, que jamais poderá ser reduzida a uma opinião subjetiva individual.*<sup>580</sup>

Repita-se: “a linguagem não depende de quem a usa”, ou seja, não se pode fazer um uso tal da linguagem que seja considerado “arbitrário” e que sirva apenas ao interesse do intérprete, sem levar em conta de que a “língua resiste a ser usada de maneira equivocada”. Do contrário retornar-se-ia ao mesmo solipsismo discricionário e no relativismo pleno no qual tudo seria passível de ser dito.

Das diversas análises acima conduzidas (notadamente com Wittgenstein, Austin/Searle, Jakobson, Habermas, Heidegger e Gadamer), toma-se como certa a compreensão de que a relação de construção de “verdades” sobre os fatos pressupõe interlocução dada na relação sujeito-sujeito. Os requisitos para a aceitação das “verdades” por eles desenvolvidos, no entanto, acabam desconsiderando, em certa e relevante medida, aspectos psicológicos, psicanalíticos e até mesmo as recentes descobertas da Neurociência, inerentes ao ser-no-mundo, como se passa a expor.

---

<sup>580</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II. Complementos e Índice**. 6ª ed., tradução de Enio Paulo Giachini, Petrópolis: Vozes, 2011, p. 231.

## **Capítulo IV – O encontro dos dois caminhos: a verdade na interseção entre a Filosofia da Linguagem e a Psicanálise e o que resta dela para o processo penal.**

*Transformemos a linguagem numa questão crucial e façamos dela um instrumento de conquista de nossos desejos encalacrados. (LUÍS ALBERTO WARAT)<sup>581</sup>*

Do quanto se expôs a respeito da viragem linguística relacionado à questão da verdade, entendida, como refere Lenio Streck, “a partir do giro linguístico, no seu primeiro momento, e no giro pragmático, no seu segundo momento”<sup>582</sup>, é possível resumir, com Carlos Nieto Blanco<sup>583</sup>, quais são as premissas nas quais ela merece ser considerada:

- a) *o conhecimento ocorre na linguagem. Qualquer discurso científico possui em comum com os demais a sua natureza linguística;*
- b) *é na linguagem que há a surgência do mundo. É na linguagem que o mundo se desvela. Pela linguagem o mundo nos aparece e se dá enquanto mundo. Está-se, pois, longe das posições nominalistas, nas quais pensar em linguagem era só questão de palavras. Não é que o mundo esteja atrás na linguagem, mas, sim, que está na linguagem. Há um compromisso ontológico preso em toda a linguagem, pela semantização do mesmo. Este mundo que encontramos na linguagem nos afasta dos perigos de uma filosofia da consciência, impossível no interior de nossa “mundanização linguística”;*
- c) *é na linguagem que o sujeito surge-aparece-ocorre: como sujeito que fala, como sujeito da enunciação, e como sujeito que entende a linguagem dos outros;*
- d) *é na linguagem que ocorre a ação. Não só a linguagem tem vocação representativa, declarativa ou constativa; também existe a vocação realizativa da linguagem, que conecta a linguagem com a prática, assim como as práticas e os interesses com a linguagem;*
- e) *é na linguagem que se dá o sentido. O sentido do que há, em primeiro lugar, porque a linguagem tem necessariamente um componente significativo para uma comunidade de usuários e sem ela não funciona; em segundo lugar, porque a linguagem pode criar novos*

<sup>581</sup> WARAT, Luís Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas Santa Cruz do Sul, 1985, p. 47.

<sup>582</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Ob. cit., p. 177.

<sup>583</sup> BLANCO, Carlos Nieto. **La Conciencia Lingüística de la Filosofía**. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 271.

*mundos na medida em que abre novos caminhos ao sentido. Nomear, adjetivar é, em certo sentido, criar.*<sup>584</sup>

Sucedem que em paralelo à importância dessa viragem filosófico-linguística, ao longo do século XX também ganha igual relevância o quanto se desenvolveu no estudo da questão do inconsciente na Psicanálise freudiana.

Ernildo Stein destaca as coincidências que se operaram naquele momento da história e que, paradoxalmente, permitiram a construção de caminhos diversos para a Filosofia de Husserl e para a Psicanálise de Freud, pois, no mesmo ano de 1900, Freud produzia sua “A Interpretação dos Sonhos”, enquanto Husserl concluía suas “Investigações Filosóficas”<sup>585</sup>. Esclarece Stein que “Husserl lutava para estabelecer a hegemonia e o império da consciência, enquanto Freud se empenhava para destronar e desfazer as ilusões da consciência e encontrar o caminho para o inconsciente”<sup>586</sup>. O mais interessante, seguindo as observações de Stein, é que “ambos lutavam contra os reducionismos de uma psicologia incipiente”, ainda que um o fizesse “para por em seu lugar uma lógica do sentido dos atos conscientes, e o outro, para por em seu lugar o sentido de uma lógica (latente) dos fenômenos não conscientes”<sup>587</sup>. Porém, prossegue Stein, ambos “viveram os impasses de um paradigma: o paradigma da teoria da consciência que se conduz pelo modelo da relação sujeito-objeto, pelo dualismo cartesiano da relação mente-mundo”<sup>588</sup> e não responderam às questões fundamentais de uma e de outra teoria:

*Nem Husserl aceitou responder à questão: “Qual é o modo de ser do que constitui?”; nem Freud aceitou responder à questão: “Qual é o modo de ser de quem sonha?” Ambos poderiam ter respondido com a questão-chave de “Ser e Tempo”: “O homem é ser-no-mundo”.*

<sup>584</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Ob. cit., pp. 177-178.

<sup>585</sup> STEIN, Ernildo. **Seis Estudos Sobre “Ser e Tempo”**. Comemoração dos Sessenta Anos de Ser e Tempo de Heidegger. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 125.

<sup>586</sup> STEIN, Ernildo. **Seis Estudos Sobre “Ser e Tempo”**. Comemoração dos Sessenta Anos de Ser e Tempo de Heidegger. Ob. cit., p. 126.

<sup>587</sup> STEIN, Ernildo. **Seis Estudos Sobre “Ser e Tempo”**. Comemoração dos Sessenta Anos de Ser e Tempo de Heidegger. Ob. cit., p. 126.

<sup>588</sup> STEIN, Ernildo. **Seis Estudos Sobre “Ser e Tempo”**. Comemoração dos Sessenta Anos de Ser e Tempo de Heidegger. Ob. cit., p. 126.

*Foi com esta afirmação que Heidegger produziu o “encurtamento hermenêutico”. “Ser e Tempo” foi o topos, onde se manifestou ao mesmo tempo a visão da metafísica, com seu paradigma fundado na teoria da consciência e no modelo da objetivação, a ser destruída (destruição fenomenológica) pelas e nas secções da Segunda Parte, e onde foi explicitada a impossibilidade de reduzir o homem à “naturalidade” de um impossível mundo natural. A hermenêutica do estar-aí, investida na analítica, seria o caminho para a superação do racionalismo e do seu análogo, o naturalismo.*<sup>589</sup>

E, mesmo que Heidegger não tenha trabalhado com as teorias de Freud na elaboração de “Ser e Tempo”, e sua obra não tenha decorrido da Psicanálise de Freud, Stein observa que a “estrutura interna de “Ser e Tempo” e aspectos centrais do método parecem ter parentesco formal estreito com a concepção da psicanálise”, destacando os seguintes: “a) a ideia do velamento e desvelamento; b) a assistência antecipadora (p. 122 SeT); c) a presentificação através da ausência; d) o sentimento de situação; e) a fuga diante da angústia”, o que “parece sugerir um parentesco espiritual”<sup>590</sup>.

Mas talvez o ponto de interseção mais marcante se dê pela linguagem e com a intervenção posterior de Lacan. De fato, no momento em que o inconsciente freudiano passa a ser lido a partir da interdisciplinariedade, ganha uma nova dimensão quando “interrelacionado” com a filosofia da linguagem, permitindo compreender-se também o inconsciente como estruturado “em” e “pela” linguagem, particularmente a partir da semiologia de Saussure. E o papel do inconsciente como linguagem nessa questão da verdade também guarda suma relevância, pois se o acesso às coisas se dá através da linguagem e o inconsciente, como coloca Lacan, também é estruturado como linguagem, uma nova perspectiva se desenha, como se passa a expor.

## **Seção I – O encontro da Psicanálise e da linguagem em Lacan.**

*Em que medida, por exemplo, o que provém do campo psicanalítico – campo esse que, como se sabe, é instaurado a partir da postulação da falta radical e originária do objeto da*

<sup>589</sup> STEIN, Ernildo. **Seis Estudos Sobre “Ser e Tempo”**. **Comemoração dos Sessenta Anos de Ser e Tempo de Heidegger**. Ob. cit., p. 126-127.

<sup>590</sup> STEIN, Ernildo. **Seis Estudos Sobre “Ser e Tempo”**. **Comemoração dos Sessenta Anos de Ser e Tempo de Heidegger**. Ob. cit., p. 127.

*pulsão e do objeto do desejo, bem como da falta, também radical e originária, de um significante primordial a partir do qual a ordem simbólica se estruturasse e ganhasse consistência –, até que ponto, repito, isso que provém do campo psicanalítico pode produzir efeitos de “esburacamento” no discurso jurídico ali mesmo onde este é enunciado segundo uma visão sistêmica totalitária que desemboca na ficção da plenitude de um ordenamento sem lacunas?*

(AGOSTINHO RAMALHO NETO)<sup>591</sup>

Lacan considera que o ser humano é “servo da linguagem” a qual é, inclusive, preexistente ao seu nascimento, pois a linguagem é fundante da cultura na qual se nasce e vem inscrita na pessoa “nem que seja sob a forma de seu nome próprio”<sup>592</sup>.

Assim, se é através da linguagem que o ser humano é estruturado em sua psique a linguagem não pode mais ser desconsiderada como capaz de ser constitutiva das “verdades” pelas quais o ser humano compreende o mundo. Soma-se a isso o fato de que o ser humano também é constituído através de seu inconsciente e este é estruturado a partir da linguagem. Portanto, ao discutir a questão da verdade e de como ela é compreendida pelo ser humano se deve levar em conta, depois de Freud e Lacan, esse quadro do inconsciente construído como linguagem.

E é Lacan quem melhor compreende o papel da linguagem nessa estrutura do inconsciente. Em seu artigo intitulado “A Instância da Letra no Inconsciente ou a Razão desde Freud”, Lacan se vale do quanto assinalou Ferdinand de Saussure a respeito do significante e do significado, considerando-os como uma “distinção primordial” que “vai muito além do debate relativo à arbitrariedade do signo”<sup>593</sup>.

Com apoio também em Santo Agostinho (*De Magistro*), Lacan parte da premissa de que “nenhuma significação se sustenta a não ser pela remissão a uma outra

<sup>591</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. In: **Direito e Neoliberalismo: Elementos para uma Leitura Interdisciplinar**, Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 23.

<sup>592</sup> LACAN, Jacques. A Instância da Letra no Inconsciente ou a Razão desde Freud. In: **Escritos**. Tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 498.

<sup>593</sup> LACAN, Jacques. A Instância da Letra no Inconsciente ou a Razão desde Freud. In: **Escritos**. Ob. cit., p. 500.



significação”<sup>594</sup>. Assim, explica Lacan, não se pode se prender na ilusão de compreender o significante como capaz de “atender à função de representar o significado”<sup>595</sup>. Nestes termos, como refere Peter Dews, “para Lacan não há pontos privilegiados em que a linguagem alcance diretamente o real”<sup>596</sup>. Para esclarecer sua análise, Lacan se vale do exemplo das portas gêmeas de banheiros públicos onde constam placas com dizeres alusivos ao homem e à mulher. As portas gêmeas, sozinhas, não dão todo o significado e é preciso que as placas com os dizeres (homem ou mulher) complementem a significação de cada uma delas. Nesse exemplo Lacan ainda considera que “o olhar pestanejante de um míope talvez tivesse razão em questionar se é realmente ali que convém ver o significante, cujo significado, nesse caso, receberia da dupla e solene procissão da nave superior as derradeiras honras”<sup>597</sup>. E a verdade, nesse caso, pode ser vivenciada de forma diversa dependendo do ponto de vista da pessoa, como no exemplo de um trem que chega à estação e conta com duas crianças sentadas frente a frente na janela. Uma delas olhando pela janela e vendo apenas uma das placas diria: “Olha! Chegamos a Mulheres!”, no que seria repreendido pela outra, que possui visão de outro ângulo e que lhe diria: “Imbecil! Não está vendo que nós estamos em Homens?”<sup>598</sup> E completa seu raciocínio esclarecendo que cada uma das crianças terá certeza de sua afirmação e do significado extraído das placas não conseguindo ceder em favor da outra, *verbis*:

*A partir desse momento, Homens e Mulheres serão para essas crianças duas pátrias para as quais a alma de cada uma puxará sua brasa divergente, e a respeito das quais lhes será tanto mais impossível fazer um pacto quanto, sendo elas em verdade a mesma, nenhum deles poderia ceder da primazia de uma sem atentar contra a glória da outra.*<sup>599</sup>

<sup>594</sup> LACAN, Jacques. A Instância da Letra no Inconsciente ou a Razão desde Freud. In: **Escritos**. Ob. cit., p. 501.

<sup>595</sup> LACAN, Jacques. A Instância da Letra no Inconsciente ou a Razão desde Freud. In: **Escritos**. Ob. cit., p. 501.

<sup>596</sup> DEWS, Peter. A Verdade do Sujeito: linguagem, validade e transcendência em Lacan e Habermas. Tradução de André Carone. In: SAFLATLE, Vladimir (Org.) **Um Limite Tenso: Lacan entre a filosofia e a psicanálise**. São Paulo: Editora Unesp, 2003, pp. 75-105, p. 77.

<sup>597</sup> LACAN, Jacques. A Instância da Letra no Inconsciente ou a Razão desde Freud. In: **Escritos**. Ob. cit., p. 503.

<sup>598</sup> LACAN, Jacques. A Instância da Letra no Inconsciente ou a Razão desde Freud. In: **Escritos**. Ob. cit., p. 503.

<sup>599</sup> LACAN, Jacques. A Instância da Letra no Inconsciente ou a Razão desde Freud. In: **Escritos**. Ob. cit., p. 504.

E é através da “cadeia de significantes”, compreendida como “anéis cujo colar se fecha no anel de um outro colar feito de anéis”, ou seja, como as “correlações do significante com o significante”, que se terá as “condições estruturais” para fornecer “o padrão de qualquer busca de significação”<sup>600</sup>.

No entanto, alerta Lacan, também é preciso levar em conta que “o significante, por sua natureza, sempre se antecipa ao sentido”. E prossegue exemplificando: “é o que se vê no nível da frase, quando ela é interrompida antes do termo significativo: Eu nunca..., A verdade é que..., Talvez também...”<sup>601</sup>. Com isso Lacan quer dizer que “é na cadeia de significantes que o sentido *insiste*, mas que nenhum dos elementos da cadeia *consiste* na significação de que ele é capaz nesse mesmo momento”, o que exige sempre um “deslizamento incessante do significado sob o significante”<sup>602</sup>.

E dessa forma a estrutura da cadeia de significantes permite que o sujeito se utilize da linguagem comum com outros sujeitos “para expressar algo completamente diferente do que ela diz”. Assim, explica Lacan, para além da função de “disfarçar o pensamento (quase sempre indefinível) do sujeito” a fala também tem a função de “indicar o lugar desse sujeito na busca da verdade”. E nesse contexto, seguindo os passos de Nietzsche e Jakobson, Lacan refere que o que se extrai é que a linguagem opera por metonímias, ou seja, vale-se da possibilidade de se utilizar um nome como referência de outro (ex: *Parquet* ao invés de Ministério Público) e pela possibilidade da “parte ser tomada pelo todo”<sup>603</sup>.

Não bastasse, a linguagem também opera por metáforas, isto é, substitui “uma palavra por outra”<sup>604</sup>, usa um termo por outro como analogia. E essa metáfora, explica Lacan, “brota entre dois significantes dos quais um substitui o outro, assumindo seu lugar na cadeia significante, enquanto o significante oculto permanece presente em sua

---

<sup>600</sup> LACAN, Jacques. A Instância da Letra no Inconsciente ou a Razão desde Freud. In: **Escritos**. Ob. cit., p. 505.

<sup>601</sup> LACAN, Jacques. A Instância da Letra no Inconsciente ou a Razão desde Freud. In: **Escritos**. Ob. cit., p. 505.

<sup>602</sup> LACAN, Jacques. A Instância da Letra no Inconsciente ou a Razão desde Freud. In: **Escritos**. Ob. cit., p. 506.

<sup>603</sup> LACAN, Jacques. A Instância da Letra no Inconsciente ou a Razão desde Freud. In: **Escritos**. Ob. cit., p. 509.

<sup>604</sup> LACAN, Jacques. A Instância da Letra no Inconsciente ou a Razão desde Freud. In: **Escritos**. Ob. cit., p. 510.

conexão (metonímica) com o resto da cadeia”<sup>605</sup>. Lacan ainda explica que a “metáfora se coloca no ponto exato em que o sentido se produz no não-senso”<sup>606</sup>, ou seja, naquilo que Freud denominou de inconsciente.

Assim, na compreensão da verdade a linguagem vai operar através de uma cadeia de significantes, onde o significante 1 (S1) tem seu significado alterado pelo significante seguinte (S2). O S2 ressignifica o S1 e, assim, dependendo de qual segundo significante se coloque nessa cadeia de significantes o significado produzido pode ser diverso daquele que seria produzido com outro segundo significante.

Jacinto Coutinho ao tratar do tema no âmbito jurídico é preciso:

*Não há Direito sem uma dogmática onde as palavras tenham um sentido aceito pela maioria, ainda que elas escoreguem e, de tanto em tanto, mereçam — e tenham — uma alteração de curso. Metáforas e metonímias (ou condensações e deslocamentos, como queria Freud), a partir da demonstração de Lacan, esvaziam de sentido (ou conteúdo) preestabelecido qualquer palavra que ganhe um giro marcado pela força pulsional e, portanto, determinada pelo inconsciente.*<sup>607</sup>

Ao se pensar novamente em termos de reconstituição de fatos pretéritos no processo penal basta um depoimento ser sucedido por outro para que o primeiro tenha seu significado alterado ou compreendido com novas significações. A verdade que se produz nesse modelo, portanto, não é propriamente uma verdade real ou material, longe disso. Portanto, ainda que se considere a existência do “real” o que importa é que no contexto da compreensão humana, e da influência do inconsciente constituído como linguagem e operando por metonímias e metáforas, o que se produz no processo penal não é uma equivalência a esse real. O que se produz é outra coisa. Aliás, é possível até mesmo questionar se o que se trabalha no processo penal é de fato com a verdade, ainda mais diante das recentes descobertas da Neurociência a respeito de

<sup>605</sup> LACAN, Jacques. A Instância da Letra no Inconsciente ou a Razão desde Freud. In: **Escritos**. Ob. cit., p. 510.

<sup>606</sup> LACAN, Jacques. A Instância da Letra no Inconsciente ou a Razão desde Freud. In: **Escritos**. Ob. cit., p. 512.

<sup>607</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática Crítica e Limites Linguísticos da Lei. In: **Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Ob. cit., p. 225.

uma possível demonstração científica do determinismo e, assim, também do inconsciente.

## Seção II – Descobertas recentes da Neurociência e a demonstração (?) do inconsciente freudiano.

*Se pode dizer, em essência, que é preciso ter cérebro para pensar e querer, do mesmo modo que é necessário ter cérebro para caminhar, porém, evidentemente, não é o cérebro aquele que caminha, e não é o cérebro, ele somente, aquele que pensa ou deseja. (MICHELE TARUFFO)<sup>608</sup>*

No âmbito da Neurociência as pesquisas das últimas quatro décadas e meia vêm provocando a apresentação de novas “certezas” a respeito do determinismo e, assim, também da “demonstração” neurocientífica do inconsciente.

Os estudos iniciaram com a publicação, em 1964, das experiências desenvolvidas por Benjamin Libet, Alberts, Wright, Delattre, Levin e Feinstein, sob o título “Produção de limiares de sensação consciente por estimulação elétrica do córtex somatossensorial humano”<sup>609</sup>, as quais já referiam que havia sido identificado “um substancial atraso, de até cerca de 0,5 segundo, antes da atividade cerebral atingir níveis ‘adequação neuronal’ que provocassem uma experiência somatossensorial consciente”<sup>610</sup>.

<sup>608</sup> TARUFFO, Michele. *Proceso e Neurociencia. Aspectos generales*. In: **Neurociencia y proceso judicial**. TARUFFO, Michele e NIEVA FENOLL, Jordi (Coordenadores). Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 23-24. Tradução nossa. No original, em espanhol: *Se puede decir, en esencia, que es preciso tener cerebro para pensar y querer, del mismo modo que es necesario tener cerebro para caminar, pero evidentemente no es el cerebro el que camina, y no es el cerebro, él solo, el que piensa o desea*.

<sup>609</sup> LIBET, B., ALBERTS, W. W., WRIGHT, E. W., JR., DELATTRE, L. D., LEVIN, G. and FEINSTEIN, B.. *Production of threshold levels of conscious sensation by electrical stimulation of human somatosensory cortex*. In: **Journal of Neurophysiology**, nº 27, julho de 1964, pp. 546-578. Tradução nossa.

<sup>610</sup> Conforme relatam LIBET, Benjamin; WRIGHT, Elwood. W.; FEINSTEIN, Bertram e PEARL, Dennis K... **Subjective Referral of the Timing for a Conscious Sensory Experience: a functional role for the somatosensory specific projection system in man**. In: *Brain*, nº 102, 1979, pp. 193-224, disponível em <http://web.gc.cuny.edu/cogsci/private/Libet-et-al-sv-referral-Brain.pdf>, acesso em 12 de dezembro de 2013. Tradução nossa. No original, em inglês: *indicated that there is a substantial delay, up to about 0.5*

Essas pesquisas prosseguiram com novos trabalhos publicados principalmente por Benjamin Libet nos anos de 1967<sup>611</sup>, 1972<sup>612</sup>, 1973<sup>613</sup> e 1978<sup>614</sup> e alcançaram um grau considerado importante, na época, com a pesquisa realizada por Benjamin Libet, Wright, Feinstein e Pearl, cujo resultado foi publicado em 1979 com o título: “Referência Subjetiva do Tempo para uma Experiência Sensorial Consciente: um papel funcional para o sistema somatossensorial de projeção específica no homem”<sup>615</sup>.

Outro resultado importante foi apresentado por Benjamin Libet, Gleason, Wright e Pearl em 1983, intitulado “Tempo de Intenção Consciente de Agir em Relação ao Início da Atividade Cerebral (Prontidão-Potencial): a iniciação inconsciente de um ato livremente voluntário”<sup>616</sup>. Para compreender o grau de complexidade desta última pesquisa realizada, e, de outra via, compreender que as circunstâncias de ambiente também poderiam provocar oscilações de resultado, vale referir ao método por eles assim explicado em 1983:

*O sujeito sentou-se em uma posição parcialmente reclinada em uma espreguiçadeira com um observador presente na sala. Cada experimento foi iniciado apenas quando o sujeito se considerava confortavelmente pronto. O experimento começava com um breve tom de alerta. Este sinal determinava que durante os próximos 1 a 3 segundos, o sujeito deveria relaxar seus músculos, especialmente os da cabeça, pescoço e antebraço, piscar as pálpebras se quisesse, e fixar seu olhar no centro de uma tela circular de 5 polegadas de um Osciloscópio de Raio Catódico (CRO), que estava posicionado a cerca de 1,95 metros em sua linha direta de visão. Ao*

---

*s, before activity at cerebral levels achieves 'neuronal adequacy' for eliciting a conscious somatosensory experience.*

<sup>611</sup> LIBET, B.; FEINSTEIN, B. Responses of human somatosensory cortex to stimuli below threshold for conscious sensation. In: **Science**, nº 158, 1967, pp. 1597-1600.

<sup>612</sup> LIBET, B. Cortical and thalamic activation in conscious sensory experience. In: *Neurophysiology Studied in Man*. In: **Excerpta Medica**, Amsterdam: Edited by G. G. Somjen, 1972, pp. 157- 168.

<sup>613</sup> LIBET, B. Electrical stimulation of cortex in human subjects and conscious sensory aspects. In: **Handbook of Sensory Physiology**, Vol. 2, Heidelberg: Springer-Verlag, Vol. 2, 1973, pp. 743-790.

<sup>614</sup> LIBET, B. Neuronal vs. subjective timing, for a conscious sensory experience. In: **Cerebral Correlates of Conscious Experience**. Amsterdam: Elsevier, 1978, pp. 69-82.

<sup>615</sup> LIBET, Benjamin; WRIGHT, Elwood. W.; FEINSTEIN, Bertram e PEARL, Dennis K...*Subjective Referral of the Timing for a Conscious Sensory Experience: a functional role for the somatosensory specific projection system in man*. In: **Brain**, nº 102, 1979, pp. 193-224, disponível em <http://web.gc.cuny.edu/cogsci/private/Libet-et-al-sv-referral-Brain.pdf>, acesso em 12 de dezembro de 2013.

<sup>616</sup> LIBET, Benjamin; GLEASON, Curtis A.; WRIGHT, Elwood. W.; e PEARL, Dennis K... *Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). The unconscious initiation of a freely voluntary act*. In: **Brain**, nº 106, Setembro de 1983, pp. 623-642, disponível em <http://web.gc.cuny.edu/cogsci/private/libet-et-al-1983.pdf> , acesso em 11 de dezembro de 2013. Tradução nossa.

*final desses períodos irregulares de 'alerta' o operador ativava o computador PDP -12 para iniciar o giro circular do feixe do CRO. A mancha de luz do CRO rodava em círculo no sentido horário próximo da circunferência da tela a partir da posição de '12 horas'. Este movimento simulava uma segunda varredura de um relógio, sendo que cada volta era completada em 2,56 segundos, ao invés de 60 segundos. Uma escala circular, com os números em posição a cada '5 segundos', foi montada na borda externa da tela CRO, e uma grade de plástico na parte periférica da tela exibia linhas radiais iluminadas e espaçadas em intervalos de '2,5 segundos' (cada um equivalente a 107 ms de tempo real). Os indivíduos foram orientados a manter o olhar fixo no centro da tela CRO e não seguir o ponteiro do CRO girando, mesmo que tivessem que relatar as informações relativas à 'posição do ponteiro do relógio' em determinados momentos. O ângulo visual subtendido entre o centro e a posição periférica da 'hora do relógio' do ponteiro do CRO em cada evento, ou seja, o EMG com ato motor ou estimulador de sincronia com pulsão de estímulos para a pele, foi gravado pelo computador PDP- 12. Os participantes foram treinados para fazer o seu movimento voluntariamente de forma suficientemente rápida para que, no prazo máximo de 10 a 20 ms, a partir do início de quaisquer potenciais EMG, eles alcançassem a amplitude pré-definida para acionar o computador.*

*Foi pedido ao sujeito para não piscar, desde o momento em que a mancha do ponteiro do CRO começasse a rodar, até o momento após o evento. Para minimizar a possibilidade de que a necessidade de piscar pudesse se tornar um fator de controle "externo" que o obrigasse ou o impelisse a agir, o sujeito foi informado de que poderia piscar durante o experimento em caso de necessidade, mas se ele piscasse (ou fizesse algum outro movimento estranho), deveria simplesmente esperar que o ponteiro do CRO fizesse pelo menos mais uma volta completa antes de realizar o rápido movimento voluntário, como no início do experimento.*

*Foram estudados dois tipos diferentes de série.*

*( 1 ) Atos voluntários. O sujeito foi convidado a esperar por uma volta completa do ponteiro do CRO para então, em qualquer momento posterior, quando ele sentisse vontade de fazê-lo, realizasse a rápida e abrupta flexão dos dedos e/ou do pulso de sua mão direita (ver Libet et al.,1982). Uma instrução adicional para incentivar a "espontaneidade" do ato foi dada rotineiramente aos indivíduos do Grupo 2, e só na segunda metade a dois terços das sessões com o Grupo 1. Para isso, o sujeito foi instruído a deixar o desejo de agir aparecer por conta própria, a qualquer momento, sem qualquer planejamento prévio ou concentração de quando 'agir', ou seja, para tentar ser 'espontâneo' na decisão de quando realizar cada ato. Esta instrução foi concebida para provocar atos voluntários que fossem caprichosamente livres na origem.*

(2) *Estímulos de pele 'em momentos desconhecidos'.* Para esta série o sujeito esperava receber uma pulsão de estímulo próximo à parte traseira da mão direita. O momento da pulsão era decidido pelo operador em horários irregulares e desconhecidos pelo sujeito, mas somente depois do ponteiro do CRO completar sua primeira volta. As pulsões foram efetivamente disparadas aleatoriamente durante a segunda ou terceira volta do ponteiro (isto é, entre cerca de 2,6 e 7,6 segundos após o ponteiro começar a girar). Esta faixa foi sobreposta com os tempos dos movimentos voluntários. Estas condições deixaram quase paralelas as atenções e as outras necessidades associados com a performance e recordavam o tempo do relógio CRO para atos voluntários e "espontâneos" (ver também Libet et al., 1982).

*Relatos dos sujeitos do momento de um evento.* A posição do ponteiro giratório do relógio do CRO, no momento da consciência de um evento pelo sujeito, foi observada pelo sujeito para mais tarde ser recordada. Dentro de poucos segundos após o evento, o sujeito era convidado a dar seu relato a respeito daquele momento, lembrando-se de uma imagem espacial qualquer da hora do relógio em conjunto com o outro evento. Foi enfatizado que somente uma recordação pós-evento da experiência era necessária, e que o sujeito não deveria se preocupar com a tarefa antes de cada evento. Os sujeitos rapidamente tornaram-se acostumados a esta tarefa durante os treinamentos realizados e não a consideraram desgastante ou estressante. Esta tarefa também não detectou qualquer efeito ou RPs (Libet et al, 1982.).<sup>617</sup>

---

<sup>617</sup> LIBET, Benjamin; GLEASON, Curtis A.; WRIGHT, Elwood. W.; e PEARL, Dennis K... *Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). The unconscious initiation of a freely voluntary act.* Ob. cit., pp. 625 e 626. Tradução nossa. No original, em inglês: *The subject sat in a partially reclining position on a lounge chair with an observer present in the room. Each trial was started only when the subject considered himself comfortably ready. The trial began with a brief 'get-ready' tone. This signaled that during the next 1-3 s the subject should relax his muscles, especially those of the head, neck and forearm, blink his eyelids if he wished, and fix his gaze on the centre of the 5 inch circular screen of a cathode ray oscilloscope (CRO) that was positioned at about 1,95 m away in his direct line of vision. At the end of these irregular get-ready periods the operator activated the PDP-12 computer to initiate circular revolution of the beam of the CRO. The CRO spot of light revolved in a clockwise circle near the circumference of the screen starting from the '12-o'clock' position; this motion simulated a sweep secondhand of a clock but each revolution was completed in 2,56 rather than 60 s. A circular scale, with numbers at each '5 s' position, was mounted at the external edge of the CRO screen, and a plastic grille on the peripheral portion of the screen displayed illuminated radial lines spaced at '2,5 s' intervals (each equal to 107 ms of actual time). Subjects were asked to maintain their gaze fixed on the centre of the CRO screen and not to follow the CRO spot around, even though they were to report information relating the 'clock-position' of the spot to the events. The visual angle subtended between the centre and the peripheral position of 'clock-time' of the CRO spot at each event, namely EMG with motor act or stimulator synch pulse with stimulus to skin, was recorded by the PDP-12 computer. Subjects were trained to make their self-initiated movement sufficiently brisk so that within no more than 10-20 ms from the start of any EMG potentials they achieved the amplitude pre-set to trigger the computer. The subject was asked not to blink from the time the CRO spot started revolving until after the event. To minimize the possibility that the need to blink might become a controlling 'external' factor that compels or impels him to act, the subject was told that he may blink during the trial if the need arose; but that, if he did blink (or made some other extraneous motion), he should then simply wait for the CRO spot to make at least another full revolution before performing the quick voluntary movement, as at the start of the trial. Two*

E após analisar os resultados, os pesquisadores de 1983 concluíram que as pesquisas iniciadas na década de 60 haviam atingido seu ápice com a demonstração empírica de que há atividade cerebral antecedente à tomada de consciência, ou seja, há uma iniciação inconsciente de um ato livremente voluntário. Fizeram-no, nos seguintes termos:

*Considerando que o aparecimento regular de RP teve início em, pelo menos, várias centenas de milissegundos antes do relato do aparecimento de um tempo de consciência de qualquer intenção subjetiva ou desejo de atuar, parece que alguma atividade neuronal associada à eventual realização do ato começou bem antes de qualquer iniciação consciente ou intervenção que seria possível. Dito de outra forma, o cérebro evidentemente 'decide' iniciar ou, pelo menos, preparar-se para iniciar o ato um tempo antes que haja qualquer consciência subjetiva relatável a respeito de que tal decisão tenha ocorrido. Conclui-se que a iniciação cerebral mesmo de um ato voluntário espontâneo, do tipo aqui estudado, pode iniciar-se, e geralmente o faz, de forma inconsciente. O termo 'inconsciente' refere-se aqui simplesmente a todos os processos que não são expressos como uma experiência consciente. Isso inclui e não faz distinção entre pré-consciente, subconsciente ou outros possíveis processos inconscientes não relatados.<sup>618</sup>*

---

*different kinds of series were studied. (1) Self-initiated voluntary acts. The subject was asked to wait for one complete revolution of the CRO spot and then, at any time thereafter when he felt like doing so, to perform the quick, abrupt flexion of the fingers and/or the wrist of his right hand (see Libet et al, 1982). An additional instruction to encourage 'spontaneity' of the act was given routinely to subjects in Group 2 and only in the later half to two-thirds of sessions with Group 1. For this, the subject was instructed 'to let the urge to act appear on its own at any time without any preplanning or concentration on when to 'act', that is, to try to be 'spontaneous' in deciding when to perform each act; this instruction was designed to elicit voluntary acts that were freely capricious in origin. (2) Skin-stimuli 'at unknown times'. For such a series the subject expected to receive a near-threshold stimulus pulse on the back of the right hand. Delivery of the pulse was made by the operator at irregular times that were unknown to the subject, but only after the CRO spot completed its first revolution. They were actually delivered randomly during the second or third revolution of the spot (that is, between about 2,6 and 7,6 s after the spot began to revolve); this range overlapped with that for the times of the self-initiated movements. These conditions closely paralleled the attentive and other requirements associated with performing and recalling the CRO clock time for 'spontaneous' self-initiated voluntary acts (see also Libet et al, 1982). Subjects' report of the time of an event. The clock position of the revolving CRO spot at the time of the subject's awareness of an event was observed by the subject for later recall. Within a few seconds after the event, the subject was asked for his report of that timing, as in recalling a spatial image of ordinary clock time in conjunction with another event. It was emphasized that only an after-the-event recall of the experience was required, and that the subject should not worry about the task in advance of each event. Subjects became rapidly accustomed to this task during the training runs and did not find it to be taxing or stressful; nor did this task have any detectable effect or RPs (Libet et al., 1982).*

<sup>618</sup> LIBET, Benjamin; GLEASON, Curtis A.; WRIGHT, Elwood. W.; e PEARL, Dennis K... *Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). The unconscious initiation of a freely voluntary act.* Ob. cit., p. 640. Tradução nossa. No original, em ingles: *Since onset of RP regularly begins at least several hundreds of milliseconds before the appearance of a reportable time for awareness of any subjective intention or wish to act, it would appear that some neuronal activity associated with the eventual performance of the act has started well before any (recallable) conscious*



No entanto, estas conclusões preliminares publicadas por estes pesquisadores acabaram não sendo levadas muito a sério por vários de seus colegas<sup>619</sup>, destacando, por todos, as conclusões críticas de Patrick Haggard e Martin Eimer que puseram em xeque o método de Benjamin Libet e sua equipe:

*Nós investigamos a relação entre os acontecimentos neurais e o tempo percebido de ações voluntárias ou o tempo percebido para iniciar estas ações, utilizando o método de Libet. Não foram encontradas diferenças em ambos os movimentos potenciais relacionados ou percebido tempo de eventos motores entre uma condição fixa de movimento, na qual os sujeitos fizeram movimentos voluntários de um único dedo em cada bloco, e, numa condição de livres movimentos, em que os sujeitos escolheram responder com o dedo indicador esquerdo ou direito em cada tentativa.*<sup>620</sup>

Dentre os vários questionamentos feitos, o maior problema parece se relacionar às dificuldades técnicas da época, pois Libet e seus colegas usavam uma máquina de eletroencefalograma (“EEG”) para anotar os registros de percepção cerebral. Diferente da atual tecnologia, essa máquina não permite registros temporais precisos das reações inconscientes dos pacientes submetidos à pesquisa e, assim, a fração de segundo diferenciada entre os estímulos e a tomada de consciência dos sujeitos

---

*initiation or intervention could be possible. Put another way, the brain evidently 'decides' to initiate or, at the least, prepare to initiate the act at a time before there is any reportable subjective awareness that such a decision has taken place. It is concluded that cerebral initiation even of a spontaneous voluntary act, of the kind studied here, can and usually does begin unconsciously. The term 'unconscious' refers here simply to all processes that are not expressed as a conscious experience; this may include and does not distinguish among preconscious, subconscious or other possible non reportable unconscious processes.*

<sup>619</sup> Como deixam claro DANQUAH, Adam N.; FARREL, Martin J.; O'BOYLE, Donald J.. **Biases in the subjective timing of perceptual events: Libet et al. (1983) revisited**. Elsevier. 07 de novembro de 2007, disponível em [http://cogpsy.info/wp-content/uploads/2013/05/Danquah-et-al\\_2008\\_Biases-in-the-subjective-timing-of-perceptual-events.pdf](http://cogpsy.info/wp-content/uploads/2013/05/Danquah-et-al_2008_Biases-in-the-subjective-timing-of-perceptual-events.pdf), acesso em 11 de dezembro de 2013. Para uma crítica da década de 90, vide: GOMES, Gilberto. *The Timing of Conscious Experience: A Critical Review and Reinterpretation of Libet's Research*, In: **Consciousness and Cognition**, nº 7, 1998, pp. 559–595, disponível em [http://www.allpsych.uni-giessen.de/thomas/teaching/literatur\\_bw/gomes-1998.pdf](http://www.allpsych.uni-giessen.de/thomas/teaching/literatur_bw/gomes-1998.pdf), acesso em 13 de dezembro de 2013.

<sup>620</sup> HAGGARD, Patrick; EIMER, Martin. *On the relation between brain potentials and the awareness of voluntary movements*. In: **Exp Brain Res**, nº 126, 1999, pp. 128–133, disponível em <http://brainb.psyc.bbk.ac.uk/PubMartin/..%5CPDF%5CLIBET.PDF>, acesso em 13 de dezembro de 2013. Tradução nossa. No original, em inglês: *We investigated the relation between neural events and the perceived time of voluntary actions or the perceived time of initiating those actions using the method of Libet. No differences were found in either movement-related potentials or perceived time of motor events between a fixed movement condition, where subjects made voluntary movements of a single finger in each block, and a free movement condition, in which subjects chose wheater to respond with the left or the right index finger on each trial.*

submetidos à experiência, que levou à conclusão esposada na pesquisa, foi considerada insuficiente para dar credibilidade dos resultados. Enfim, essa primeira experiência ficou prejudicada principalmente pela dificuldade técnica então disponível como destacam Stefan Bode, Anna Hanxi He, Chun Siong Soon, Robert Trampel, Robert Tuner e John-Dylan Haynes:

*Como seres humanos, nós experimentamos a capacidade de escolher conscientemente nossas ações, bem como o tempo em que nós as realizaremos. Tem-se postulado, porém, que essa experiência subjetiva da liberdade pode ser nada além de uma ilusão, e até mesmo nossos objetivos e motivações podem operar fora da nossa consciência. Os primeiros estudos descobriram a presença de uma chamada “prontidão-potencial”<sup>621</sup> (ou “Bereitschafts potencial”, BP), uma lenta mudança negativa potencial na atividade EEG que precede o movimento voluntário. Libet et al. demonstraram que a “prontidão-potencial” também precede a consciência de iniciar o movimento por várias centenas de milissegundos, e isso foi então atribuído a processos inconscientes que antecedem as ações voluntárias.*

(...)

*Os primeiros estudos realizados por Libet et al. foram criticados por várias razões. Foi questionado se os julgamentos de tempo eram confiáveis, uma vez que o tempo de janela entre a intenção relatada e o movimento foi muito curto (cerca de meio segundo) e como se sabe os aspectos de tempo podem causar distorções adicionais. Como o estudo original pesquisou somente a “prontidão-potencial” de regiões do cérebro relacionadas com o movimento, é ainda mais possível que o pré-SMA/SMA possa ter estado envolvido apenas nos estágios finais do planejamento motor, enquanto outras regiões cognitivas de controle superior pudessem ser candidatas mais prováveis para o planejamento da decisão a ser tomada. Além disso, é importante pesquisar se algum sinal de escolha-preditiva reflete uma inespecífica preparação global de uma decisão ou se eles estão relacionados com o resultado específico de uma decisão, tal como sugerido no trabalho posterior com base em lateralizadas prontidões-potenciais*

*Nos últimos anos, a combinação multivariada de classificação de padrões com ressonância magnética funcional (fMRI) rendeu uma nova maneira de lidar com este problema.*

---

<sup>621</sup> A expressão “*readiness-potential*”, em inglês, é de difícil tradução para a língua portuguesa. Poderia ser traduzida também como “potencial de disposição”; no entanto, considerando que “*ready*” significa “pronto”, para maior fidelidade ao termo original, optou-se por traduzi-lo como “prontidão”, ou seja, o estado de alguém que está disponível a qualquer momento. Em espanhol tem sido traduzida como “potencial de preparación”, conforme LAGIER, Daniel González. *La Tercera humillación? (sobre neurociencia, filosofía y libre albedrío)*. In: **Neurociencia y proceso judicial**. TARUFFO, Michele e NIEVA FENOLL, Jordi (coordenadores), Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 27.

*Estas novas abordagens foram previamente utilizadas para investigar a codificação do conteúdo das decisões e as regras das tarefas abstratas e, na verdade, já permitiram novos insights sobre o reino das decisões livres<sup>622</sup>.*

Ou seja, como destacado acima, em que pese as pesquisas de Benjamin Libet e seus colegas tenham sido questionadas em diversos aspectos, ao menos forneceram o ponto de partida necessário para que novos experimentos fossem realizados, agora acompanhados de um incremento tecnológico que lhes deu maior precisão de resultado.

Assim, com o avanço da tecnologia em favor da ciência, particularmente em razão do uso de máquinas que passaram a colher “imagens funcionais de ressonância magnética” (*functional magnetic resonance imaging - fMRI*), foram possíveis novas experiências apontando para um grau de “certeza” a respeito da ausência de livre-arbítrio e da demonstração do inconsciente, como a realizada pelos neurocientistas Chun Siong Soon, Marcel Brass, Hans-Jochen Heinze e John-Dylan Haynes, publicada em 2008:

---

<sup>622</sup> BODE, Stefan; HE, Anna Hanxi; SOON, Chun Siong; TRAMPEL, Robert; TURNER, Robert; HAYNES, John-Dylan. *Tracking the Unconscious Generation of Free Decisions Using Ultra-High Field - fMRI*. In: **Plos One**, volume 06, issue 06, Londres: Sam Gilbert, University College London, 27 de junho de 2011. Artigo disponível na internet em <http://www.plosone.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0021612>, acesso em 11 de dezembro de 2013. Tradução nossa. No original, em inglês: *As humans, we experience the ability to consciously choose our actions as well as the time at which we perform them. It has been postulated, however, that this subjective experience of freedom may be no more than an illusion, and even our goals and motivations can operate outside of our consciousness. Early studies discovered the presence of a so-called readiness-potential (or Bereitschafts-potential, BP), a slow negative potential shift in EEG activity that precedes voluntary movement. Libet et al. demonstrated that the readiness-potential also precedes the conscious awareness of initiating the movement by several hundred milliseconds, and was therefore attributed to unconscious processes preceding voluntary actions. (...) The early studies by Libet et al. have been criticized for several reasons. It has been questioned whether the timing judgments were reliable, given that the time-window between reported intention and movement was short (about half a second) and attention to aspects of timing could cause additional distortions. Because the original study only investigated the readiness potential from movement-related brain regions, it is further possible that pre-SMA/SMA might only be involved in late stages of motor planning, while other higher cognitive control regions might be more likely candidates for planning the decision outcome. Furthermore, it is important to investigate whether any choice-predictive signals reflect an unspecific, global preparation of a decision or whether they are related to the specific outcome of a decision, as suggested in subsequent work based on lateralized readiness potentials. In recent years, the combination of multivariate pattern classification with functional magnetic resonance imaging (fMRI) has yielded a novel way to address this problem. These new approaches have previously been used to investigate the encoding of the content of decisions and abstract task rules and indeed have already given new insights into the realm of free decisions.*

*Aqui nós investigamos diretamente quais regiões do cérebro predeterminam as intenções conscientes e o momento em que elas começam a dar forma a uma decisão motora. Pessoas que deram consentimento informado por escrito realizaram uma tarefa de tomada livre de decisões motora enquanto o ritmo de sua atividade cerebral foi medida usando a ressonância magnética funcional (fMRI)*<sup>623</sup>

A metodologia usada foi muito parecida com aquela desenvolvida por Libet *et al*, como explicam os próprios autores:

*Os indivíduos foram convidados a relaxar enquanto concentravam-se no centro da tela, onde um fluxo de letras foi apresentado. Em algum momento, quando sentiam o desejo de fazê-lo, eles estavam livres para escolher entre um dos dois botões, operados pelos dedos indicadores direito e esquerdo, e deviam pressioná-lo imediatamente. Em paralelo, eles deviam lembrar a letra apresentada quando a decisão motora foi feita conscientemente. Depois dos indivíduos pressionarem seu botão de resposta livre escolha, uma tela de "resposta de mapeamento", com quatro opções apareceram. Eles então indicavam quando tinham feito a sua decisão motora, selecionando a letra correspondente com um segundo toque de botão*<sup>624</sup>.

E ao final da coleta de dados, concluíram que seria possível identificar um lapso de tempo de até dez segundos entre a atividade cerebral do córtex pré-frontal e parietal, antes dela se tornar consciente:

*Houve uma longa controvérsia se subjetivamente as decisões "livres" estão determinados por atividade cerebral antes do tempo. Aqui nós mostramos que o resultado de uma decisão é codificado na atividade cerebral do córtex pré-frontal e parietal em até dez segundos antes de se tornar consciente. Este atraso presumivelmente reflete a operação de uma*

---

<sup>623</sup> SOON, Chun Siong; BRASS, Marcel; HEINZE, Hans-Jochen; e HAYNES, John-Dylan. *Unconscious determinants of free decisions in the human brain*. In: **Nature Neuroscience**, vol. 11, nº 05, maio de 2008, pp. 543-545, disponível em <http://pt.scribd.com/doc/105822040/Soon-Et-Al-2008-Unconscious-Determinants-of-Free-Decisions-in-the-Human-Brain>, acesso em 11 de dezembro de 2013. Tradução nossa. No original, em inglês: *Here we directly investigated which regions of the brain predetermine conscious intentions and the time at which they start shaping a motor decision. Subjects who gave informed written consent carried out a freely paced motor-decision task while their brain activity was measured using functional magnetic resonance imaging (fMRI)*.

<sup>624</sup> SOON, Chun Siong; BRASS, Marcel; HEINZE, Hans-Jochen; e HAYNES, John-Dylan. *Unconscious determinants of free decisions in the human brain*. Ob. cit.. Tradução nossa. No original, em inglês: *The subjects were asked to relax while fixating on the center of the screen where a stream of letters was presented. At some point, when they felt the urge to do so, they were to freely decide between one of two buttons, operated by the left and right index fingers, and press it immediately. In parallel, they should remember the letter presented when their motor decision was consciously made. After subjects pressed their freely chosen response button, a 'response mapping' screen with four choices appeared. The subjects indicated when they had made their motor decision by selecting the corresponding letter with a second button press.*

*rede de áreas de monitoramento de alto nível que começam a preparar uma decisão que está por vir muito antes dela entrar na consciência.*<sup>625</sup>

Sucedem que três anos depois, ou seja, em 2011, essa pesquisa foi refeita e aprofundada em alguns aspectos por Stefan Bode, Anna Hanxi He, Chun Siong Soon, Robert Trampel, Robert Turner e John-Dylan Haynes em trabalho intitulado: “Acompanhando a Geração Inconsciente das Decisões Livres Usando *Ultra-High Field* – fMRI”, publicada em 2011<sup>626</sup>. Não é demais destacar que dos seis autores desta última pesquisa, dois deles (Chun Siong Soon e John-Dylan Haynes) também integravam a equipe da pesquisa de 2008 e, não obstante continuam confirmando a “conclusão” do trabalho publicado em 2008, valendo-se das novas e mais precisas máquinas de tomografia computadorizada que em 2011 já eram disponíveis na Alemanha e nos Estados Unidos em tecnologia de 7 Tesla, puderam analisar os resultados de forma que não era possível fazer com a tecnologia anterior.

Para que se possa compreender o que essa nova tecnologia de “7 Tesla” empregada nas máquinas de tomografia computadorizada representa no avanço das pesquisas de Neurociência, quanto maior o número de “Tesla”, maior a qualidade e o detalhamento da imagem registrada pela máquina e, portanto, maior a confiabilidade dos resultados obtidos. A tecnologia de “7 Tesla” possui qualidade de imagem dez vezes superior àquela até então utilizada. Para ilustrar, o padrão das máquinas de tomografia computadorizada hoje utilizadas nos melhores hospitais do Brasil (a exemplo do Hospital Sírio Libanês e do Hospital Albert Einstein, dentre outros) e também na maioria dos hospitais de referência ao redor do mundo, tem tecnologia de 3 Tesla. A novidade desta tecnologia também pode ser compreendida a partir do dado de que a primeira máquina de tomografia computadorizada com tecnologia de 7 Tesla

---

<sup>625</sup> SOON, Chun Siong; BRASS, Marcel; HEINZE, Hans-Jochen; e HAYNES, John-Dylan. *Unconscious determinants of free decisions in the human brain*. Ob. cit.. Tradução nossa. No original, em inglês: *There has been a long controversy whether subjectively “free” decisions are determined by brain activity ahead of time. Here we show that the outcome of a decision is encoded in brain activity of prefrontal and parietal cortex even up to ten seconds before it enters awareness. This delay presumably reflects the operation of a network of high-level control areas that begin to prepare an upcoming decision long before it enters awareness.*

<sup>626</sup> BODE, Stefan; HE, Anna Hanxi; SOON, Chun Siong; TRAMPEL, Robert; TURNER, Robert; HAYNES, John-Dylan. *Tracking the Unconscious Generation of Free Decisions Using Ultra-High Field - fMRI*. Ob. cit.

utilizada na América Latina somente chegou ao Brasil em meados do ano de 2012, ao custo de 3 milhões de dólares, numa parceria da USP com a empresa alemã Siemens<sup>627</sup>.

Assim, Stefan Bode, Anna Hanxi He, Chun Siong Soon, Robert Trampel, Robert Turner e John-Dylan Haynes puderam refazer a pesquisa de 2008 e demonstrar que os “paradigmas de interpretação” dos dados considerados corretos naquele ano, não eram exatamente o que se pensava, no sentido de que as decisões primitivamente tomadas acabam ficando estáveis durante um período, aproximando-se da tomada de consciência. Dizem os pesquisadores:

*Estas melhorias nos permitiram investigar explicitamente a estabilidade temporal desses padrões relacionados com a decisão antecipada, o que não foi abordado no estudo original. Além disso, após a sessão de digitalização avaliamos o comportamento dos nossos sujeitos e os seus pensamentos durante o experimento para investigar fatores que podem ter influenciado os resultados da decisão. Isto forneceu evidências para determinar se os padrões de atividade preditivos iniciais já refletem aspectos conscientes do processo de decisão, ou se estes estão relacionados a componentes verdadeiramente inconscientes de evolução intencional.*

(...)

*Comparando ao estudo original as intenções dos indivíduos puderam ser lidas cerca de sete segundos antes delas se tornaram consciente. Dado o atraso na hemodinâmica, é provável que este reflita processos neurais que ocorreram anteriormente por alguns segundos. O local de codificação de informações foi encontrado como sendo o córtex frontopolar, também referido como o córtex pré-frontal rostral lateral ou o córtex pré-frontal anterior, e aproximando-se da parte mais anterior da área 10 de Brodmann. A mesma região foi identificada no estudo original, mas no hemisfério oposto. No presente estudo, nós otimizamos o posicionamento da fatia para minimizar os efeitos de distorção e sinalizar desistências, que são um problema comum, devido à proximidade com seios frontal, especialmente em maior intensidade do campo<sup>628</sup>*

<sup>627</sup> Tudo segundo notícia encontrada na página considerada referência em saúde e negócios na internet, denominada “Saúde Web”, disponível em <http://saudeweb.com.br/29466/siemens-traz-ressonancia-de-7-tesla-ao-brasil-em-parceria-com-usp/>, acesso em 12 de dezembro de 2013.

<sup>628</sup> BODE, Stefan; HE, Anna Hanxi; SOON, Chun Siong; TRAMPEL, Robert; TURNER, Robert; HAYNES, John-Dylan. Ob. cit. Tradução nossa. No original, em inglês: *These improvements allowed us to explicitly investigate the temporal stability of these early decision-related patterns, which was not addressed in the original study. Furthermore, after the scanning session we assessed our subjects' behaviour and their thoughts during the experiment to investigate factors that may have biased the decision outcomes. This provided evidence in determining whether early predictive activity patterns already reflect conscious*

Com a nova tecnologia os pesquisadores também fizeram descobertas novas em relação à pesquisa de 2008, as quais são bastante significativas para permitir se arriscarem, aqui, algumas críticas às conclusões esposadas pelos neurocientistas. Disseram os pesquisadores::

*Curiosamente, observou-se um aumento na similaridade entre os padrões com o aumento da proximidade temporal com a decisão consciente. Este aumento na correlação foi retratado pelo aumento no conteúdo da informação sobre o resultado da decisão. Assim, uma possível explicação para este achado é que, durante a fase inconsciente da formação da intenção, os padrões lentamente "evoluem" para a decisão consciente final, o que é comparável a um processo de difusão, postulado para decisões baseadas em estímulos rápidos. Essa hipótese indica que uma vez que um determinado limite é cruzado (um certo padrão é estável o suficiente), uma decisão consciente é feita e padrões de ativação perdem o seu poder de previsão<sup>629</sup>*

Esse dado novo descoberto em 2011 parece sintomático e significativo quanto ao que ainda possa vir a ser “descoberto” em novas pesquisas futuras. Ao que se extrai da passagem acima, os pesquisadores de 2011 consideraram haver um “aumento no conteúdo da informação sobre o resultado da decisão” o que, para eles, pode ser explicado pelo fenômeno de que durante “a fase inconsciente da formação da intenção”, na qual “os padrões lentamente evoluem para a decisão consciente final”. Pela constatação transcrita da experiência neurocientífica, já não há uma separação absoluta entre um momento e outro, mas sim, uma “evolução lenta” da tomada de

---

*aspects of the decision process or whether these are related to truly unconscious components of evolving intentions. (...)Comparable to the original study subjects' intentions could be read out approximately seven seconds before they became conscious. Given the haemodynamic delay, it is likely that this reflects neural processes that occurred even earlier by a few seconds. The site of information encoding was found to be left frontopolar cortex, also referred to as the rostral lateral prefrontal cortex or the anterior prefrontal cortex, and approximating to the most anterior part of Brodmann area 10. The same region was identified in the original study but in the opposite hemisphere. In the present study, we optimized the slice positioning to minimize distortion effects and signal dropouts, which are a common problem due to the proximity to frontal sinuses, especially at higher field strength.*

<sup>629</sup> BODE, Stefan; HE, Anna Hanxi; SOON, Chun Siong; TRAMPEL, Robert; TURNER, Robert; HAYNES, John-Dylan. Ob. cit. Tradução nossa. No original, em inglês: *Interestingly, we observed an increase in similarity between patterns with increasing temporal proximity to the conscious decision. This increase in correlation was mirrored by the increase in information content about the decision outcome. Thus, one possible explanation for this finding is that during the unconscious phase of intention-formation, the patterns slowly “evolved” towards the final conscious decision, comparable to a diffusion process postulated for fast, stimulus-driven decisions. This hypothesis states that once a threshold is crossed (a certain pattern is stable enough), a conscious decision is made and activation patterns lose their predictive power afterwards.*

decisão para a plena consciência. Uma atividade neuronal prévia à consciência se repete em graus de concentração cada vez mais uniformes até um patamar em que há produção da “consciência”. Isso decorre de um “processo de difusão” e, do quanto se extrai das conclusões dos cientistas, é possível dizer que mesmo havendo atividade neural prévia à “tomada de consciência”, é somente a partir desta que o processo decisório se completa. Agora, uma coisa não ficou clara nessa conclusão: seria a consciência um produto resultante e inevitável de uma independente decisão prévia e inconsciente ou seria a consciência uma condição para que a decisão prévia se estabilize e se torne concreta produzindo um resultado exterior? Ou, em outras palavras: o que é mais relevante no processo decisório, o inconsciente (psicanalítico ou neurocientífico) ou as pré-compreensões conscientes (que atuam como condição de possibilidade da decisão)? Ou as duas coisas? A resposta talvez conduza à aceitação de uma colaboração entre os dois processos mentais. Seja como for, ao final, concluíram os pesquisadores:

*Em resumo, nós pudemos refazer a descoberta de Soon et al., no sentido de que as intenções motoras foram codificados no córtex frontopolar em até sete segundos antes dos participantes estarem cientes de suas decisões. Usando um campo de scanner ultra-alto fMRI, de 7 Tesla, pudemos mostrar que esses padrões se tornaram mais estáveis, com a crescente proximidade temporal da decisão consciente. Estas descobertas permitem a conclusão de que o córtex frontopolar é parte de uma rede das regiões cérebro que moldam as decisões conscientes muito antes delas atingirem a consciência.*<sup>630</sup>

Como se vê, as conclusões das pesquisas, de certa forma, tem procurado demonstrar a diferença temporal entre a “tomada de decisão” inconsciente e sua respectiva consciência. Em 2008, em torno de 10 segundos; em 2011, em torno de 07 segundos, com a “descoberta” adicional de que há uma “evolução lenta” ou uma “estabilidade” entre um momento e outro. Seja como for, também é possível constatar que a relativa oscilação dos resultados e novas descobertas, acabam acompanhando o

---

<sup>630</sup> BODE, Stefan; HE, Anna Hanxi; SOON, Chun Siong; TRAMPEL, Robert; TURNER, Robert; HAYNES, John-Dylan. Ob. cit. Tradução nossa. No original, em inglês: *In summary, we could replicate the finding of Soon et al. that motor intentions were encoded in frontopolar cortex up to seven seconds before participants were aware of their decisions. Using ultra-high field fMRI on a 7 Tesla scanner, we could show that these patterns became more stable with increasing temporal proximity to the conscious decision. These findings support the conclusion that frontopolar cortex is part of a network of brain regions that shape conscious decisions long before they reach conscious awareness.*



desenvolvimento da tecnologia. Surge uma máquina nova, com melhor tecnologia, e os resultados podem ser “confirmados”, “revistos”, “ampliados” e, quiçá até “desmentidos”.

Não bastasse, ainda há que se ponderar que em todas as pesquisas de Neurociência acima relatadas, os experimentos se deram num pequeno grupo de pessoas (em média grupos de quatro ou cinco pessoas jovens previamente selecionadas, descartadas as pessoas que apresentaram tendências de apertar qualquer botão), acomodadas confortavelmente em espreguiçadeiras, relaxadas, em ambientes isolados e foram estimuladas a mexer o dedo apertando um botão. Ou seja: não foram consideradas inúmeras hipóteses decisórias espontâneas – não precedidas de uma provocação ou instrução de como agir -, ou mesmo inversamente complexas, tomadas, em maior ou menor grau, cotidianamente, pelos seres humanos. Nesse sentido são relevantes as considerações críticas de Francisco José Soler Gil<sup>631</sup>, considerando baixos os índices percentuais de acertos (40%) no experimento de Soon, Brass, Heinze e Haynes (supra referido), e também sopesando o fato de que a maioria de nossas ações cotidianas são de fato involuntárias (o ato de respirar é um dos exemplos por ele referidos) com destaque para a crítica de que “a consciência presta atenção, em geral, a problemas e situações novas – para as quais ainda não se arquivou no cérebro um padrão de conduta rotineira, ou para as quais se busca o padrão correspondente”<sup>632</sup>. O mesmo Soler Gil ainda elenca uma série de cuidados a serem tomados nas novas pesquisas para atingir um grau mínimo de confiabilidade quanto ao pretendido resultado de demonstração de que o livre arbítrio não existe, a saber:

*- Em primeiro lugar, o experimento deveria realizar-se nas situações nas quais a pessoa se encontre diante de alternativas que não sejam indiferentes. É preciso que se exija uma deliberação para resolver entre elas. E, quanto mais sério seja o assunto em jogo, melhor*

---

<sup>631</sup> SOLER GIL, Francisco José. *Relevancia de los Experimentos de Benjamin Libet y de John-Dylan Haynes para el Debate en Torno a La Libertad Humana en los procesos de decisión*. In: **Thémata. Revista de Filosofia**, nº 41, 2009, pp. 540-547. Disponível em <http://institucional.us.es/revistas/themata/41/34soler.pdf>, acesso em 17 de dezembro de 2013.

<sup>632</sup> SOLER GIL, Francisco José. Ob. cit., p. 544. Tradução nossa. No original, em espanhol: *La conciencia presta atención, por lo general, a problemas y a situaciones nuevas —para las que aún no se ha archivado en el cerebro un patrón de conducta rutinario, o para las que se busca el patrón al que corresponden.*

(poderia tratar-se, por exemplo, de uma decisão chave vital, como a decisão a quais estudos seguir)

- Em segundo lugar, deveria tratar-se de situações nas quais a pessoa não seja obrigada a tomar sua decisão imediatamente, mas que possa dilatar sua reflexão tanto tempo quanto considerar oportuno (pois, de outro modo, e diante da urgência e da impossibilidade de decidir o melhor, poderia pôr-se em marcha um processo inconsciente que concluiria em forma de “palpite”).

- Em terceiro lugar, e se se pretende descartar a conjectura de Libet a respeito da liberdade como instância supervisora com direito de veto, seria necessário chegar a um nível muito alto de previsão das decisões tomadas.

- E, finalmente, se se quer descartar a possibilidade de que os próprios processos inconscientes nos quais se baseia a previsão tenham sido, de algum modo, “encarregados” pela consciência – da mesma forma que um governo estabelece as diretrizes gerais de sua política, porém em seguida delega em diferentes instâncias a elaboração dos detalhes concretos das leis e atos a serem realizados – seria preciso mostrar que a atividade cerebral que teve lugar em tais processos, vinha determinada pelos estados cerebrais no início dos processos conscientes deliberativos.<sup>633</sup>

Diante deste quadro, ainda que os neurocientistas estejam hoje apontando de forma um tanto “alarmante” – e, arrisca-se dizer, até precipitada – para uma demonstração neurocientífica de “inexistência do livre-arbítrio” e apresentando uma “prova” igualmente neurocientífica do inconsciente, também é possível fazer-se um contraponto importante nessa “descoberta” e nessa “conclusão”. Uma coisa é dizer

---

<sup>633</sup> SOLER GIL, Francisco José. Ob. cit., p. 546. Tradução nossa. No original, em espanhol: – *En primer lugar, el experimento debería realizarse en situaciones en las que la persona se encuentra ante alternativas que no son indiferentes. Es preciso que se requiera una deliberación para resolver entre ellas. Y, cuanto más serio sea el asunto en juego, mejor. (Podría tratarse, por ejemplo, de una decisión vital clave, como la elección de los estudios a seguir).* — *En segundo lugar, debería de tratarse de situaciones en las que la persona no se encuentra obligada a tomar su decisión inmediatamente, sino que puede dilatar su reflexión tanto tiempo como considere oportuno. (Pues, de otro modo, y ante la urgencia y la imposibilidad de decidir lo mejor, podría ponerse en marcha un proceso inconsciente que concluyera en una «corazonada»).* — *En tercer lugar, y si se pretende descartar la conjetura de Libet sobre la libertad como instancia supervisora con derecho de veto, sería necesario llegar a un nivel muy alto de predicción de las decisiones tomadas.* — *Y finalmente, si se quiere descartar la posibilidad de que los propios procesos inconscientes en los que se basa la predicción hayan sido, de algún modo, «encargados» por la conciencia —a la manera en que un gobierno marca las directrices generales de su política, pero luego delega en distintas instancias la elaboración de los detalles concretos de las leyes y actuaciones a realizar—, sería preciso mostrar que la actividad cerebral que ha tenido lugar en dichos procesos, venía determinada por estados cerebrales previos al inicio de los procesos conscientes deliberativos.*

categoricamente que o “livre-arbítrio” não existe; outra, bem diferente, é dizer terem sido identificados registros captados por máquinas de tomografia computadorizada, com tecnologia de 7 Tesla, de movimentações em partes do cérebro – hoje consideradas como não correspondentes à consciência – em torno de alguns poucos segundos (ou frações de segundos) antes dessa tomada de decisão chegar ser percebida pela pessoa. Experimentos – repita-se – voltados a atividades extremamente simples como associações entre imagens e movimento manuais (um homicídio é, certamente, algo que transcende esta simplificação). É como também pondera Michele Taruffo:

*Por outro lado, parece claro que esta perspectiva baseia-se num erro conceitual que consiste em fazer coincidir condutas que se consideram voluntárias com processos cerebrais, ou ainda na atribuição da voluntariedade aos processos cerebrais. O fato é que as intenções não são processos cerebrais, e do mesmo modo a intencionalidade não se “coloca” numa zona do cérebro e não se reduz a um estado cerebral.*

*Como já se disse, a consciência não é algo que “acontece” no cérebro, como a digestão se produz no estômago, já que implica o contato com o mundo exterior, numa complexa interação do cérebro, corpo e mundo. Numa palavra: we are not our brains.*<sup>634</sup>

O que se quer pontuar diante das pesquisas neurocientíficas realizadas é que, ainda que se considere o seu resultado como vem sendo colocado, ou seja, como demonstração de inexistência do livre-arbítrio (o que talvez, nestes termos, ainda seja um tanto precipitado), os mesmos resultados são capazes de demonstrar a existência do inconsciente e isso confirma o que Freud já havia constatado também empiricamente, mas sem as tecnologias do presente. E por enquanto é suficiente essa conclusão. Avançar para além dela e se permitir acreditar numa demonstração neurocientífica de absoluta ausência de livre-arbítrio já seria provocar uma série de

---

<sup>634</sup> TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 20. Tradução nossa. No original, em espanhol: *Por otro lado, parece claro que esta perspectiva se basa en un error conceptual que consiste en hacer coincidir conductas que se consideran voluntarias con procesos cerebrales, o bien en la atribución de la voluntariedad a los procesos cerebrales. El hecho es que las intenciones no son procesos cerebrales, y del mismo modo la intencionalidad no se “coloca” en una zona del cerebro y no se reduce a un estado cerebral. Como se ha dicho, la consciencia no es algo que ‘sucede’ en el cerebro, como la digestión se produce en el estómago, sino que implica el contacto con el mundo exterior, en una compleja interacción de cerebro, cuerpo y mundo. En una palabra: we are not our brains.*

outras reflexões que talvez num futuro próximo se deva igualmente estar atentos, mas que, ao menos por ora, seria precipitado.

De fato, para um rápido panorama das consequências de vir a confirmar inquestionavelmente a absoluta ausência de livre-arbítrio no ser humano, para além das consequências penais materiais perigosas (novo lombrosianismo), há também consequências processuais penais a serem levadas em conta. Discutindo essa questão, inclusive à luz dos últimos resultados neurocientíficos, Jordi Nieva Fenoll pondera que se hoje ainda se aceita a possível influência das vivências anteriores dos juízes como inevitáveis<sup>635</sup> acreditando que ele possa ser capaz de alhear-se das mesmas no momento de elaborar seu juízo de valor sobre o caso penal, ao se levar em conta as conclusões dos neurocientistas, “essas vivências terão modificado o cérebro do juiz, de maneira que ele mesmo não seja mais capaz de sobrepor-se a essas modificações, considerando que já fazem parte do seu ser. E se isso é assim, a única conclusão possível é que a imparcialidade não pode existir cientificamente falando, e nem mesmo servir de guia da atuação judicial, já que não se pode ter como objetivo aquilo que não pode existir ontologicamente”. E conclui: “se não existe imparcialidade, não deveriam existir juízes”<sup>636</sup>.

Não se crê que essa seja a melhor alternativa, ao menos não para o atual estágio civilizatório, pois esse raciocínio poderia – se levado ao inevitável extremo – servir para o Direito como um todo. E tanto o Direito, como o Direito Penal material e o Direito Processual Penal em particular, continuam sendo necessários instrumentos para reger a vida em sociedade.

Talvez a solução para esse futuro panorama pudesse se dar no mecanismo de seleção dos juízes, os quais, após submetidos a criteriosos exames neurológicos, pudessem ser considerados conhecedores do ordenamento jurídico e não predeterminados a tendências metapunitivas. Poder-se-ia pensar em órgãos colegiados em primeiro grau e também em reforçar o mecanismo recursal para

<sup>635</sup> Como já alertava MUÑOZ CONDE, Francisco. *La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*. 2ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2003, pp. 27 e 28.

<sup>636</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *Proceso Judicial y Neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal*. In: *Neurociencia y proceso judicial*. TARUFFO, Michele e NIEVA FENOLL, Jordi (organizadores), Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 172.

minimizar as influências deterministas dos magistrados. Conjeturando nessa linha, os resultados dos exames neurológicos dos juízes deveriam ser públicos, haja vista que suas condicionantes biológicas deveriam ser de conhecimento das partes, permitindo-lhes saber com quais julgadores e modos de pensar estariam lidando.

A produção probatória também sofreria alterações profundas, pois as testemunhas deveriam ser previamente submetidas a exames neurológicos, para antever suas condicionantes, acessar suas memórias, descartar as falsas percepções, quiçá se utilizando de um maquinário mais potente e “neurocientificamente” confiável na detecção de mentiras das testemunhas, em substituição ao tradicional polígrafo ou “detector de mentiras”, como registra René Molina Garcia<sup>637</sup>.

Assim, os reflexos penais e processuais penais dessa nova “certeza” neurocientífica, implicarão repensar várias categorias do direito penal e procurar mecanismos que reforcem as garantias processuais penais. Isso se o discurso não for ampliado e resultar na desconsideração do próprio direito como um todo, pois o livre-arbítrio acaba sendo a base de qualquer manifestação de vontade.

Enfim, o que decorre de concreto para o presente dos resultados neurocientíficos – e das colocações da Psicanálise lacaniana – é que o ser humano de fato constrói imagens inconscientes, as quais são estruturadas como linguagem e como tais, de uma forma ou de outra, e agora neurocientificamente demonstrado, interferem no consciente.

E quando se pensa em termos de processo penal e “busca da verdade” esse inconsciente<sup>638</sup> que interfere na construção de verdades sobre os fatos, implica em

---

<sup>637</sup> MOLINA GARCIA, René. *Neurociencia, Neuroética, Derecho y Proceso*. In: **Neurociencia y proceso judicial**. TARUFFO, Michele e NIEVA FENOLL, Jordi (organizadores), Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 68 e ss..

<sup>638</sup> Ainda que o “inconsciente” da Neurociência não seja o mesmo “inconsciente” de Freud e Lacan, como refere Leonard Mlodinow (MLODINOW, Leonard. **Sublimar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Tradução de Claudio Carina, Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 22, 23 e 24: *O moderno conceito de inconsciente, baseado nesses estudos e medições, costuma ser chamado de “novo inconsciente”, para diferenciá-lo da ideia do inconsciente popularizado por um neurologista transformado em clínico chamado Sigmund Freud. (...) No tratamento de seus pacientes, chegou à conclusão correta de que boa parte do comportamento deles era regida por processos mentais que não percebiam. Na falta de instrumentos técnicos com que explorar essa ideia de modo científico, ele simplesmente conversava com os pacientes, tentava extrair o que acontecia nas profundezas de sua mente, observava-os e fazia as interferências que considerava válidas. Porém, como veremos, esses métodos não são confiáveis, e há muitos processos inconscientes que não podem jamais ser revelados diretamente por esse tipo de*

considerar ser outra – que não a busca da verdade real – a principal questão em jogo no processo penal. Resta apenas saber qual.

**Seção III – Que resta de “verdade” a ser discutida no processo penal? Saindo dos juízos de certeza e probabilidade, passando pela verdade analógica e pela compreensão, e chegando na “captura psíquica do juiz” e na decidibilidade.**

*Depois da morte de um velho advogado, vinte anos atrás, seus herdeiros, quando levaram para vender a mobília do escritório (...) encontraram (...) um caderninho amarelado, que começava com um índice alfabético, em que estavam registrados todos os juízes da cidade (...). Cada página continha uma espécie de ficha biográfica: nome, sobrenome, nome dos pais, domicílio do magistrado; o mesmo para as mulheres e os filhos. Seguiam anotações muito mais precisas e minuciosas: o endereço do barbeiro e do alfaiate; a costureira da esposa; nome e sobrenome da empregada; as escolas frequentadas pelos filhos e seus professores. Se pertence a um partido, se é religioso (nesse caso, o nome do confessor); se frequenta um círculo ou um café; se tem alguma doença (nesse caso, o nome do médico); se gosta de xadrez ou futebol; que jornal lê; que livros compra; onde vai em vilegiatura; quem são seus amigos e seus conterrâneos; se tem um irmão deputado ou um primo bispo. Um trabalho diligentíssimo, que o velho advogado, como se via pelos*

---

*autorreflexão estimulada pela terapia, pois ocorrem em áreas do cérebro não abertas à consciência. Por isso, Freud estava um pouco fora dos trilhos. (...) Ainda que a ciência psicológica tenha agora reconhecido a importância do inconsciente, as forças internas do novo inconsciente têm pouco a ver com as motivações inatas descritas por Freud, como o desejo dos garotos de matar o pai para se casar com a mãe, ou a inveja das mulheres do órgão sexual masculino. Decerto devemos dar crédito a Freud por ter compreendido o imenso poder do inconsciente – foi uma grande descoberta –, mas precisamos também reconhecer que a ciência lançou sérias dúvidas quanto à existência de muitos dos fatores inconscientes específicos, emocionais e motivacionais, que Freud identificou como agentes formadores do inconsciente. (...) O inconsciente, dividido por Freud, nas palavras de um grupo de neurocientistas, era “quente e úmido; fervilhava de ira e luxúria; era alucinatório, primitivo e irracional”, enquanto o novo inconsciente é “mais delicado e gentil que isso, e está mais ligado à realidade”. Nessa nova visão, os processos mentais são considerados inconscientes porque há parcelas da mente inacessíveis ao consciente por causa da arquitetura do cérebro, não por estarem sujeitas a formas motivacionais, como a repressão. A inacessibilidade do novo inconsciente não é vista como um mecanismo de defesa ou como algo não saudável. É considerada normal.*

*acréscimos feitos sucessivamente com diversas tintas, dera-se ao trabalho de manter atualizado até o último dia.*

*Na capa daquele registro, lia-se um curioso título: Os caminhos.*

(PIERO CALAMANDREI)<sup>639</sup>

De tudo quanto se expôs nos capítulos e seções precedentes, fica clara a ideia de que não é a “busca da verdade real” que deve orientar o processo penal em que pese vários autores contemporâneos ainda sustentem nessa linha.

Do mesmo estudo também se pode dizer que depois da “troca” do juízo valorativo de verdade real de orientação divina por aquele de linha cartesiana, racional e finalmente pelo discurso científico-positivista, outras tentativas de compreender a verdade, notadamente na linha empirista, se desenvolveram em paralelo, tanto no direito italiano, desde, pelo menos, Giacomo Menochio, quanto, especialmente, no direito anglo-saxão e com base especialmente na filosofia de John Locke e David Hume.

Ou seja, o discurso da “verdade real” veio paulatinamente sendo substituído por juízos de valor que vão da mera “possibilidade”, passando pela “verossimilhança”, até a “certeza”.

Com efeito, já em 1575, Giacomo Menochio<sup>640</sup>, publicava seu tratado *De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis*<sup>641</sup>, no qual apresentava a fórmula *probatio artificialis, veresimilis, credibilis in qua ex aliquis positis veresimiliter atque ita probabiliter non autem necessário sequitur quod indendumus*, isto é, “prova artificial, verossímil, credível, na qual, de algo estabelecido, se segue aquilo que afirmamos com

<sup>639</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por um Advogado**. Tradução de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 26-27.

<sup>640</sup> A respeito da vida de Giacomo Menochio, vide **Treccani.it, L’enciclopedia italiana**. Disponível em [http://www.treccani.it/enciclopedia/giacomo-menochio\\_\(Dizionario-Biografico\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/giacomo-menochio_(Dizionario-Biografico)/), acesso em 31 de julho de 2014.

<sup>641</sup> MENOCHII, Jacobi. **De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis. Tomus Primus**. Geneve: Gabrielis de Tournes & Filiorum, 1724. Disponível em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 31 de julho de 2014; e MENOCHII, Jacobi. **De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis. Tomus II**. Geneve: Cramer, Perachon & Cramer Filii, 1724. Disponível em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 31 de julho de 2014.

verossimilhança e probabilidade, mas não necessariamente”<sup>642</sup>. E no século XVII John Locke apresentava seu contraponto ao discurso cartesiano, orientando um dualismo entre a “verdade real” e a “verdade verbal”:

*Homens possivelmente inquisitivos e observadores podem, pelo vigor do julgamento, penetrar mais além, e, com base em probabilidades tiradas de cautelosa observação, e indícios bem reunidos, frequentemente conjecturar corretamente o que a experiência ainda não revelou. Mas isto continua ainda a ser apenas conjectura; correspondente apenas à opinião, e não possui a certeza que é exigida pelo conhecimento.*<sup>643</sup>

Como se vê, Locke considerava que as conjecturas de “homens inquisitivos e observadores” podem até ser conjecturas corretas, mas não passam disso: conjecturas, “correspondentes apenas à opinião”. Antecipou, portanto, uma importante crítica ao modo cartesiano de pensar a “certeza/verdade absoluta” para apresentar, em seguida, diferentes graus de compreensão da verdade:

*Nosso conhecimento, como tem sido demonstrado, sendo muito limitado, nós não somos suficientemente felizes para encontrar certa verdade em tudo que temos ocasião para considerar; a maioria das proposições pelas quais pensamos, raciocinamos, discursamos, são tais que não podemos ter conhecimento indubitável de sua verdade; apesar disso, algumas delas estão tão próximas da certeza que não formamos em absoluto nenhuma dúvida sobre elas, mas assentimos a elas tão firmemente, e agimos, segundo este assentimento, tão resolutamente como se elas fossem infalivelmente demonstradas, e nosso conhecimento delas perfeito e evidente. Mas há graus nisto, desde a bem próxima vizinhança da certeza e demonstração, bem abaixo da improbabilidade e desigualdade, até os limites da impossibilidade, e também graus de assentimento desde a segurança total e confiança até o bem abaixo para a conjectura, dúvida e desconfiança.*

Esse discurso acabou influenciando outros pensadores, a exemplo de Voltaire, que viveu um bom tempo na Inglaterra e lá passou a admirar Locke, sendo, portanto, também ele, forte crítico de Descartes, como se vê dessa passagem das “Cartas Inglesas”:

<sup>642</sup> Conforme GIL, Fernando. **Provas**. Estudos Gerais. Série Universitária. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1985, p. 41.

<sup>643</sup> LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Ob. cit., p. 251.



*Nosso Descartes, nascido para descobrir os erros da Antiguidade, a fim de substituí-los pelos seus próprios, e arrastado pelo espírito sistemático que cega os maiores homens, imaginou ter demonstrado que a alma era a mesma coisa que o pensamento, como, segundo ele, a matéria é a mesma coisa que a extensão. (...)*

*Tantos raciocinadores tendo escrito o romance da alma, veio enfim um sábio que modestamente escreveu sua história. Locke desenvolveu a razão humana para o homem, como um excelente anatomista explica as molas do corpo humano.*<sup>644</sup>

E ao tratar das “Certezas em História”, Voltaire sintetizou a questão se valendo do plano de análise de Locke, dizendo que “toda certeza que não encontre uma demonstração matemática é uma simples probabilidade. A certeza histórica é dessa espécie”<sup>645</sup>.

Beccaria, outro baluarte do iluminismo, seguiu a mesma trilha e assim se referiu ao tema no famoso *Dei delitti e delle pene*:

*Eu falo de probabilidade em matéria de delitos, os quais, para merecer pena, devem ser certos. Mas desaparecerá o paradoxo para quem considere que rigorosamente a certeza moral não é nada mais que uma probabilidade, mas uma tal probabilidade que é chamada de certeza, porque cada homem de bom senso dá seu assentimento necessariamente para um costume nascido da necessidade de agir, e anterior a cada especulação.*<sup>646</sup>

Sem perder de vista que o forte na doutrina predominante na Europa, ao longo do século XIX e primeira metade do século XX, ainda era sustentar a busca da verdade

---

<sup>644</sup> VOLTAIRE. François Marie Arouet. **Cartas Inglesas. Décima Terceira Carta. Sobre o Sr. Locke.** Tradução de Marilena de Souza Chauí Berlinck. Coleção Os Pensadores. Volume XXIII, São Paulo: Victor Civita Editor, 1973, p. 27.

<sup>645</sup> VOLTAIRE. François Marie Arouet. **Dicionário Filosófico. História. Seção III. Da certeza em história.** Tradução de Marilena de Souza Chauí Berlinck. Coleção Os Pensadores. Volume XXIII, São Paulo: Victor Civita Editor, 1973, p. 213.

<sup>646</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. ***Dei delitti e delle pene.*** A cura di Franco Venturi, Torino, Italia: Giulio Einaudi editore, 1973, p. 34. Tradução nossa. No original em italiano: *Io parlo di probabilità in materia di delitti, che per meritar pena debbono esser certi. Ma svanirà il paradosso per chi considera che rigorosamente la certezza morale non è che una probabilità, ma probabilità tale che è chiamata certezza, perché ogni uomo di buon senso vi acconsente necessariamente per una consuetudine nata dalla necessità di agire, ed anteriore ad ogni speculazione.*

real no processo penal<sup>647</sup>, o discurso da probabilidade também chegou ao século XX. Piero Calamandrei, trabalhando mais no campo do processo civil e no âmbito de uma discussão de teoria geral do processo no debate que travou com Carnelutti<sup>648</sup>, partindo de uma referência ao pensamento de Wach, o qual considera que “no processo todo juízo de verdade se reduz a um juízo de verossimilhança, que pode dar a certeza jurídica, mas não aquela psicológica ou sociológica”<sup>649</sup>, e citando expressamente a Voltaire em duas passagens, em texto publicado em 1955, mesclou as ideias de verossimilhança e probabilidade, assim explicando o que considerava estar em jogo no processo:

*‘Aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis’: todas as provas, se bem vistas, não passam de provas de verossimilhança. Esta afirmação de relativismo processual, feita para o processo civil por um grande jurista, pode valer igualmente não apenas para o processo penal, mas também fora do campo mais propriamente processual, para cada juízo histórico sobre fatos que se dizem ter acontecido. Quando se diz que um fato é verdadeiro, para aquele que o julga, aquele grau máximo de verossimilhança que, em relação aos meios limitados de conhecimento de que o julgador dispõe, é o suficiente para dar-lhe a certeza subjetiva de que aquele fato aconteceu. Falo, é claro, não das verdades lógicas ou morais, mas das verdades dos fatos acontecidos, das verdades assim chamadas de históricas, para as quais Voltaire já advertia que ‘les vérités historiques ne sont que des probabilités’.*<sup>650</sup>

<sup>647</sup> Vide, por exemplo, o texto de CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio Processo Scienza Verità. In: Rivista di Diritto Processuale. Volume V, Parte I, Padova: CEDAM, 1950, pp. 01-22, p. 04: “Daí ter resultado como essência do processo a “lex veritatis”: ao final o que se quer, nestas crises concretas da experiência jurídica, senão ver como estão as coisas, o que aconteceu, quem agiu e porque agiu, o que diz a lei, quem tem efetivamente razão, quem está efetivamente errado, quem é culpável e quem é inocente? Não se quer outra coisa que não seja procurar a verdade das coisas em concreto”. Tradução nossa. No original, em italiano: *Di qui l’aver colto come essenza del processo la “lex veritatis: alla fine che cosa si vuole, in queste crisi concrete dell’esperienza giuridica, se non vedere come stanno le cose, che cosa è accaduto, chi ha agito e perché ha agito, che cosa dice la legge, chi ha effettivamente ragione, chi ha effettivamente torto, chi è colpevole e chi è innocente? Non si vuole altro che ricercare la verità delle cose in concreto.*

<sup>648</sup> A sequência da polêmica pode ser cronologicamente assim posta: CALAMANDREI, Piero. *Il Giudice e lo Storico*. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Vol. 2, Padova: CEDAM, 1939; CARNELUTTI, Francesco. *La Certeza del Diritto*. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, 1943; CALAMANDREI, Piero. *Verità e Verossimiglianza nel Processo Civile*. **Rivista di Diritto Processuale**. Volume X, Parte I, Padova: CEDAM, 1955, pp. 164-192; CARNELUTTI, Francesco. *Verità, Dubbio, Certeza*. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Volume XX (II Serie), Padova: CEDAM, 1965, pp. 04-09.

<sup>649</sup> CALAMANDREI, Piero. *Verità e Verossimiglianza nel Processo Civile*. Ob. cit., p. 188.

<sup>650</sup> CALAMANDREI, Piero. *Verità e Verossimiglianza nel Processo Civile*. Ob. cit., p. 164-165. Tradução nossa. No original, em italiano: *“Aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis”: tutte le prove, a ben guardare, non sono che prove di verossimiglianza. Questa affermazione di relativismo processuale, fatta per il processo civile da un grande giurista, può valere ugualmente non solo per il*

(...)

*Mas, mesmo quando, no sistema das provas “livres”, parece que a liberdade de apreciação seja o instrumento mais bem adaptado ao alcance da, assim chamada, “verdade substancial”, a valoração, porquanto livre, conduz invariavelmente a um juízo de probabilidade e de verossimilhança, não de verdade absoluta. Mesmo se todas as testemunhas estão de acordo em atestar um fato, o juiz, quando chega a concluir que o fato é verdadeiro, quer dizer em substância, talvez sem se dar conta, que como todos aqueles testemunhos estão de acordo em referir daquele jeito, é verossímil que o fato tenha mesmo acontecido assim: ‘celui qui a entendu dire la chose à douze mille témoins oculaires n’a que douze mille probabilités, égales à una forte probabilité, laquelle n’est pas égale à la certitude’.*<sup>651</sup>

Calamandrei até explicou as diferenças de grau de confiabilidade que se encontra entre “possível”, “verossímil” e “provável”<sup>652</sup>, mas tratou as três categorias (“possibilidade”, “verossimilhança” e “probabilidade”) como se fossem sinônimos, considerando-as meras “nuances psicológicas que cada julgador compreende a seu modo”, *verbis*:

*Mas estas diferenças não têm uma precisa reflexão no vocabulário dos juristas: no máximo, ao tomar-se como termo de referência o accertamento da verdade, pode-se dizer que estas três qualificações (possível, verossímil, provável) constituem, nesta ordem, uma gradual*

---

*processo penale, ma, anche fuori dal campo più direttamente processuale, per ogni giudizio storico su fatti che si dicono accaduti: quando si dice che un fatto è vero, si chi tale lo giudica, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto. Parlo, si intende, non delle verità logiche o morali, ma delle verità dei fatti accaduti, delle verità cosiddette storiche, per le quali già Voltaire avvertiva che “les vérités historiques ne sont que des probabilités”.*

<sup>651</sup> CALAMANDREI, Piero. *Verità e Verossimiglianza nel Processo Civile*. Ob. cit., p. 165. Tradução nossa. No original, em italiano: *Ma anche quando, nel sistema delle prove “libere”, sembra che la libertà di apprezzamento sia lo strumento meglio adatto al raggiungimento della cosiddetta “verità sostanziale”, la valutazione per quanto libera porta in ogni caso a un giudizio di probabilità e di verossimiglianza, non di verità assoluta. Anche se tutti i testimoni sono concordi nell’attestare un fatto, il giudice, quando arriva a concludere che quel fatto è vero, vuol dire in sostanza, magari senza accorgersene, che siccome tutti quei testimoni sono d’accordo nel raccontarlo in quel modo, è verosimile che il fatto sia proprio avvenuto così: “celui qui a entendu dire la chose à douze mille témoins oculaires n’a que douze mille probabilités, égales à una forte probabilité, laquelle n’est pas égale à la certitude”.*

<sup>652</sup> CALAMANDREI, Piero. *Verità e Verossimiglianza nel Processo Civile*. Ob. cit., p. 170: “Possível é aquilo que pode ser verdadeiro; verossímil é aquilo que tem a aparência de ser verdadeiro. Provável seria, etimologicamente, aquilo que se pode provar como verdadeiro. Mas, na linguagem filosófica e teológica, a palavra encontra-se utilizada no sentido do razoável, “aquilo que se acredita ser contrário à razão”. Tradução nossa. No original, em italiano: *Possibile è ciò che può essere vero; verossimile è ciò che há l’apparenza di essere vero. Probabile sarebbe, etimologicamente, ciò che si può provare come vero; ma nel linguaggio filosofico e teologico la parola si trova adoperata nel senso del ragionevole, “ciò che a crederlo è contrario alla ragione”*

*aproximação, uma progressiva acentuação em direção ao reconhecimento daquilo que é verdadeiro. Quem diz que um fato é verossímil, está mais próximo de reconhecê-lo verdadeiro de quem diz que é possível; e quem diz que é provável, é ainda mais além de quem diz que é verossímil, porque vai além da aparência, e começa a admitir que existam argumentos para acreditar que a aparência corresponda à realidade. Mas trata-se de nuances psicológicas, que cada julgador compreende a seu modo.*<sup>653</sup>

Esses discursos da probabilidade e da verossimilhança ainda serviram de base a Francesco Carnelutti em suas “Lições Sobre o Processo Penal”, de 1946, na qual apresentava o resultado de suas compreensões nesse tema, avançando para identificar que quando o grau de probabilidade é muito alto ele equivale a juízos de “certeza”:

*...o juízo, o qual, deduzindo do presente o passado ou induzindo dele o futuro, tira outra existência da possibilidade, cuja existência toma captada imediatamente em virtude dos sentidos, a probabilidade é existência captada, mediatamente, em virtude do juízo. Quando a probabilidade alcança um grau tão alto que chega a praticamente equivaler à certeza, costumamos chamá-la com este mesmo nome; apenas ultimamente, através de um longo e difícil caminho, compreendemos que a equivalência prática não deve induzir a verdadeira certeza com o que se chama de certeza mesmo que na verdade não o seja.*<sup>654</sup>

Assim, depois de “muito meditar” sobre o tema, Carnelutti chegou a propor que possa ser a “certeza”, traduzida por ele como “escolha”, aquilo que vem em substituição à “verdade”, mesmo a “verdade formal”. Essa temática retornou naquele que talvez seja o último texto produzido por Carnelutti, pois publicado originariamente no mesmo ano de sua morte. Trata-se de um texto curto, mas definitivo para o próprio

---

<sup>653</sup> CALAMANDREI, Piero. *Verità e Verossimiglianza nel Processo Civile*. Ob. cit., p. 165. Tradução nossa. No original, em italiano: *Ma queste differenze non hanno un preciso riscontro nel vocabolario dei giuristi: tutt'al più, se si prende come termine di riferimento l'accertamento della verità, si può dire che queste tre qualificazioni (possibile, verosimile, probabile) costituiscono, in quest'ordine, una graduale approssimazione, una progressiva accentuazione verso il riconoscimento di ciò che è vero. Chi disse che un fatto è verosimile, è più vicino a riconoscerlo vero di chi si limita a dire che è possibile; e chi dice che è probabile, è ancora più innanzi di chi dice è verosimile, perché va al di là dell'apparenza, e comincia ad ammettere che vi sono argomenti per far ritenere che l'apparenza corrisponda la realtà. Ma si tratta di sfumature psicologiche, che ogni giudicante intende a suo modo.*

<sup>654</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lições Sobre o Processo Penal. Volume 1**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno, Campinas: Bookseller, 2004, p. 274.

Carnelutti, denominado “*Verità, Dubbio, Certezza*” publicado na *Rivista di Diritto Processuale*, em 1965.

Neste texto, ainda que Carnelutti revele que tenha compreendido, com Heidegger, que “a coisa é uma parte; ela é e não é; pode ser comparada a uma medalha na qual, de um lado está gravado o seu ser e, do outro, o seu não ser” e que “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”<sup>655</sup>, ele trocou a ideia de “busca da verdade” pela “busca da certeza”. Em suas palavras, nesse famoso artigo “*Verità, Dubbio, Certezza*”, Carnelutti concluiu: “Portanto, a minha estrada, iniciada por atribuir ao processo a busca da verdade, substituiu a verdade pela certeza”<sup>656</sup>. E ainda compreendeu essa “busca da certeza” no processo penal, como equivalente a uma “escolha do juiz”, *verbis*:

*Foram necessários anos, muitos anos, até os últimos, isto é, até que escrevi “Diritto e Processo”, para que tomasse consciência de que o significado originário de “cernere”, não é aquele de “ver”, mas o de “escolher”. A certeza, então escrevi, implica uma escolha; e isso, provavelmente, foi o passo decisivo para compreender, não apenas o verdadeiro valor do seu conceito, mas também o drama do processo.*<sup>657</sup>

Como visto Carnelutti se fixava, ainda, na questão da “busca” acreditando na possibilidade de se atingir uma certeza que para ele era equiparada à escolha. Carnelutti, ingenuamente, ainda, acreditava numa “bondade da escolha”<sup>658</sup>, como se a “bondade” fosse um significante com único significado<sup>659</sup>. Ou seja: Carnelutti conseguiu

<sup>655</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Verità, Dubbio, Certezza**. In: Ob. cit., 04-09. Tradução nossa. No original, em italiano: *la cosa è una parte essa è e non è; può essere paragonata ad una medaglia sul cui diritto è inciso il suo essere e sul rovescio il suo non essere. (...) la verità è nel tutto, non nella parte; e il tutto è troppo per noi.*

<sup>656</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Verità, Dubbio, Certezza**. Ob. cit., p. 05. Tradução nossa. No original, em italiano: *Pertanto, la mia strada, cominciata con l'attribuire al processo la ricerca della verità, ha messo capo alla sostituzione della verità con la certezza.*

<sup>657</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Verità, Dubbio, Certezza**. Ob. cit., p. 05. Tradução nossa. No original, em italiano: *Ci sono voluti degli anni, molti anni, fino agli ultimi, cioè fino a quando scrissi Diritto e Processo, affinché mi accorgessi che il significato originário di “cernere” non è quello di “vedere” ma di “scegliere”. La certezza, io scrissi allora, implica una scelta; e questo, probabilmente, fu il passo decisivo per comprendere non solo il vero valore del suo concetto, ma puré il drama del processo.*

<sup>658</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Verità, Dubbio, Certezza**. Ob. cit., p. 07: “Da bondade da escolha depende o resultado do processo”. Tradução nossa. No original, em italiano: *Dalla bontà della scelta dipende il risultato del processo.*

<sup>659</sup> Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, com base em Agostinho Ramalho, alerta para o risco dessa crença na “bondade dos bons”: *O enunciado da “bondade da escolha” provoca arrepios em qualquer*

alcançar o “drama do processo” como ele refere, mas admitia que essa “escolha” do juiz pudesse estar de certa forma legitimada. E mais, avaliava ser possível buscar essa certeza por ele mesmo considerada, em última análise, como mera escolha. Essa análise, portanto, apresenta esse duplo problema.

Via de consequência, ainda hoje as discussões de possibilidade, probabilidade e certeza influenciam análises dogmáticas no processo penal contemporâneo quando se leva em conta que a probabilidade é considerada um grau de juízo valorativo abaixo da certeza<sup>660</sup>. Diz-se que não é certo, mas é provável que tenha acontecido assim. E, portanto, também não é de verdade que se fala.

De qualquer sorte, como destaca Jacinto Coutinho, “verdade, dúvida e certeza (tomadas individualmente) são questões imanentes ao processo e, por conseguinte, não há como livrar-se delas”<sup>661</sup>. Sucede que a complexidade em jogo no processo penal é ainda maior, pois, como prossegue Coutinho “falar de processo é, antes de tudo, falar de atividade recognitiva: a um juiz que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão (...) de dizer o direito no caso concreto, com o escopo (da sua parte) pacificador”<sup>662</sup>.

No entanto, no âmbito dessa reconhecimento é preciso levar em conta o alerta de Michele Taruffo<sup>663</sup> e Rui Cunha Martins<sup>664</sup>. Ambos criticam a vinculação à ideia da verossimilhança como preponderante no processo. Cunha Martins indica que essa visão provoca o que Fernando Gil denomina de “paradoxo da prova”:

---

*operador do direito que frequenta o foro e convive com as decisões. Afinal, com uma base de sustentação tão débil, é sintomático prevalecer a “bondade” do órgão julgador. O problema é saber, simplesmente, qual é o seu critério, ou seja, o que é a “bondade” para ele. Um nazista tinha por decisão boa ordenar a morte de inocentes; e neste diapasão os exemplos multiplicam-se.* (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza*, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: **Revista de Estudos Criminais**. Ano 4, nº 14, Porto Alegre: PUC/ITEC, 2004, pp. 77-94, p. 88).

<sup>660</sup> Veja-se, por todos: AROCENA, Gustavo Alberto; BALCARCE, Fabián Ignacio; CESANO, José Daniel. **Prueba en Materia Penal**. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 79.

<sup>661</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza**, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. Ob. cit., p. 79.

<sup>662</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza**, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. Ob. cit., p. 79.

<sup>663</sup> Michele Taruffo arrisca dizer que alguns autores tratam o conceito de verossimilhança confundindo-o com o de probabilidade: *tende-se a pensar que se um enunciado é verossímil, então, é também provável; ou seja, tende-se a pensar que esse é provavelmente verdadeiro*. TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade. O Juiz e a Construção dos Fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 112.

<sup>664</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. Ob. cit., p. 07.

*A prova não deve ser fraca: prova fraca é aquela que se satisfaz com a verossimilhança, com o que se diz ser uma crença racional. Mas a verossimilhança que, fora da lógica e da matemática, é o regime normal da prova, não é em si um critério satisfatório, por mais convincente que seja. A verossimilhança não remove a eventualidade de exceções e de contra-exemplos – e as crenças racionais podem revelar-se errôneas: os erros judiciais assentam sempre em verossimilhanças e crenças racionais. Portanto, a prova tem que ser forte. Mas a prova forte revela-se de imediato “demasiado forte” – e, nesse momento, se essa demasia se dá nos termos de uma ostensão de feição alucinatória, ela resvala sem escape para o terreno da evidência, a qual, veja-se a ironia, tende a dispensar a prova.*<sup>665</sup>

E no contexto desse “paradoxo da prova” a linguagem – ainda vista como instrumento retórico e não como condição de possibilidade da compreensão – também merece ser considerada. É como anota Nilo Bairros de Brum ao identificar o que cunhou como sendo os “requisitos retóricos da sentença penal”, dentro dos quais sobressai a necessidade do juiz, ao “apresentar sua reconstrução fática como a verdadeira”<sup>666</sup>, fazendo-o narrativamente e como técnica de imunização contra possíveis críticas, demonstrar que sua sentença provocará no leitor um “efeito de verossimilhança fática”<sup>667</sup>. Brum explica:

*Com o uso adequado desse instrumental tópico-retórico, o juiz exaltar o valor das provas que sustentam a versão que deseja fixar e desqualificar as provas (ou interpretação das provas) que respaldem as versões que deseja refutar.*

*Se a argumentação for persuasiva, isto é, se o fato foi reconstruído segundo os cânones aceitos pela comunidade jurídica, poderá o julgador obter o efeito de verdade indispensável para que sua decisão seja acatada e legitimada definitivamente.*

*Isto não quer dizer absolutamente que a versão eleita pelo juiz seja falsa, mas também não significa que seja verdadeira. O que se obtém através da reconstrução processual é a verossimilhança, que nada mais é que a retórica imunização do discurso jurisdicional contra possíveis críticas. A verossimilhança, pois, é o primeiro argumento contra a reforma da sentença judicial.*<sup>668</sup>

<sup>665</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. Ob. cit., pp. 07-08.

<sup>666</sup> BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 77.

<sup>667</sup> BRUM, Nilo Bairros de. Ob. cit., p. 73.

<sup>668</sup> BRUM, Nilo Bairros de. Ob. cit., p. 77.

O juiz que se vale dessa retórica acaba substituindo as coisas e o caso penal que deve julgar por “capas de sentido” que se substituem ao objeto do processo. Então, quando se volta ao problema da verdade para o processo penal é preciso levar em conta que nessa mecânica de reconhecimento de um fato pretérito, no qual se valoram probabilidades, se produzem discursiva e retoricamente efeitos de verossimilhança fática e se acreditam em certezas, está em jogo a linguagem, vista agora também como condição de possibilidade de compreensão do caso penal. Nesse plano, é necessário considerar a complexidade do que sucede no processo, onde os interlocutores – juízes, partes e testemunhas – podem ter dificuldades de acesso à compreensão, notadamente na questão do significado da prova produzida. Isso é fácil de visualizar quando se analisa a palavra dita pela testemunha. Não raras vezes, a testemunha, por limitações de formação pessoal, por dificuldade de conhecimento e domínio da língua, ou por qualquer outro fator (notadamente o inconsciente), não tem palavras suficientes em sua estrutura linguística para externar o que viu e, assim, não tem palavra para definir certa coisa. Assim, quando há uma carência de domínio da língua por baixa instrução pessoal e precário domínio do arcabouço linguístico, a testemunha sofre natural mal-estar, pois ela acaba compreendendo que é incapaz de falar sobre a coisa, é incapaz de falar sobre aquilo que apreendeu do que viu e presenciou. Mas deve falar sobre isso, sobretudo quando se trata de uma testemunha no processo penal. Assim, na ausência da palavra para nominar a coisa e como resultado do somatório da pressão de ter que dizer com a angústia de sua própria incapacidade de comunicação, o sujeito coloca no lugar outra palavra! Um mito! Uma crença! Se não se sabe o que é, porque não se tem palavras para definir, acredita-se. Vale repetir, para deixar marcado: se lhe falta a palavra o que o sujeito coloca no lugar é outra palavra! Vale-se de uma palavra que ele conheça, domine ou mesmo que lhe constitua, via inconsciente.

Seu “discurso de verdade”, portanto, é construído a partir das palavras por ele conhecidas, não necessariamente compreendidas à luz de um inconsciente também ele constituído metaforicamente e como linguagem como já pontuado por Lacan e, nessa perspectiva, constrói discursivamente a “verdade” do ser com toda a dificuldade



que a limitação de sua linguagem e o próprio inconsciente representa. Afinal, como lembra Lenio Streck, para Lacan “se não consigo dizer algo sobre algo, esse não-dito é real, pois é o que sobra”<sup>669</sup>. Nessa angústia, a testemunha acaba utilizando várias palavras, metáforas e metonímias principalmente, para elaborar a sua cadeia de significantes que lhe permita definir um objeto ou um fato. É através do conjunto de palavras que ele vai dando sentido, significado à coisa.

Com efeito, se a palavra é um significante (uma “imagem acústica do signo”, como a definiu Saussure<sup>670</sup>), é através de um conjunto de significantes que se constrói uma frase. A testemunha, portanto, opera frases por uma “cadeia de significantes”<sup>671</sup> para definir a sua percepção da coisa. E um significante em seguida ao outro provoca uma cadeia de ressignificações, pois um significante vai ressignificando o antecedente e assim por diante, até se dar uma cadeia de significação. Nesse percurso, como já referido acima, se um significante der outro sentido ao significante anterior, muda-se a compreensão da coisa. Se a cadeia de significação tem um sentido, ela pode tomar outro sentido, dependendo do significante que lhe for introduzido. Assim, ao colocar uma palavra – que a testemunha domina – no lugar de outra palavra – que ela não domina – a narrativa pode ter seu significado alterado pelas metáforas e metonímias próprias da formação do inconsciente. Como refere Garcia-Roza, na metonímia “ocorre um deslizamento de termo a termo segundo uma relação de contiguidade, sem que no entanto a substituição se faça de forma a manter unívoco o significado”<sup>672</sup>. Ou seja, ainda com Garcia-Roza: “não é a semelhança que regula a substituição, mas o deslizamento por contiguidade, e nesse deslizamento o significado original pode permanecer oculto”<sup>673</sup>. Somam-se a esse quadro os pré-conceitos e pré-juízos de valor do ser-no-mundo (aqui considerados em seu sentido negativo e não como equivalentes a pré-compreensões linguísticas, como se verá mais adiante) que estão impregnados no inconsciente formado via experiências reprimidas e que afloram para o consciente

---

<sup>669</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Ob. cit., p. 209.

<sup>670</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., pp. 103-104

<sup>671</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Ob. cit., p. 108.

<sup>672</sup> GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. **Freud e o Inconsciente**. 24ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994, p. 148.

<sup>673</sup> GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. **Freud e o Inconsciente**. Ob. cit., p. 148.

de forma incontrolável. As palavras que faltam podem vir – e de fato vêm – do inconsciente do sujeito.

E por vezes, o inverso também se dá: tem-se a palavra, mas não se tem a coisa. É a falta constitutiva do ser, referida por Freud e Lacan. O real é substituído pela palavra. A palavra no lugar de uma pretensa “verdade absoluta”.

Porém, se muitas vezes as testemunhas referem palavras que não estão ligadas ao objeto, como não lhes pertencendo, também é certo que existem acordos linguísticos que dão sentidos uniformes para determinadas palavras. É aqui que entra a pré-compreensão como condição de possibilidade hermenêutica. Há uma limitação semântica que deve ser levada em conta. Vale, então, atentar para a circularidade hermenêutica de Heidegger e, notadamente, Gadamer, na compreensão do quanto diz a testemunha e do quanto se pode produzir de verdade no processo penal.

Desta forma, a “verdade real” pode até existir, mas não é dela que se trata no processo penal, ainda mais como norte exegético que premiaria deontologicamente uma “busca” de algo que, no contexto da dinâmica processual reconfigura e move o “verdadeiro” a cada momento, como refere Rui Cunha Martins<sup>674</sup>. Sim, pois, no contexto da Filosofia da Linguagem a compreensão do fato acaba sendo construída a partir de estruturas de significação que se reconfiguram na dialética do processo. Vale repetir o que dizia Carnelutti, na mesma linha de Heidegger: “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”<sup>675</sup>.

De tudo quanto acima exposto, se extrai que é ultrapassado o discurso da doutrina “tradicional” de que o processo penal seria pautado pela ideia de busca de uma verdade absoluta, pois ela é deslocada de significação no contexto do processo e da capacidade de compreensão do ser humano. Desta forma, também não pode ser este pretenso “princípio” aquele capaz de legitimar a atividade probatória do juiz.

Por outro lado, nessa discussão da verdade no âmbito processual penal também é preciso ter o cuidado de não relativizar tudo de forma absoluta, valendo o alerta de Jacinto Coutinho:

---

<sup>674</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. Ob. cit., p. 81.

<sup>675</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Verità, Dubbio, Certeza*. Ob. cit., p. 05.

*Eis que chega o problema da verdade. Todos tratam de mostrar que “não existe verdade” (pelo menos como se vinha pensando). Mas, percebe-se. Não ter verdade (desse modo) não significa dizer (como estão a imaginar) que se não tenha nada lá. Você pode dizer que não tem verdade, mas a coisa não termina aí. Serviria, aqui, a célebre frase de William Shakespeare em Romeu e Julieta: “What’s is a name? That which we call a rose by any other name would smell as sweet.” (“O que é um nome? Se dermos um outro nome àquilo que nós chamamos de rosa ela continuará com seu tão doce perfume.”) Em realidade, se não tem “verdade”, o que tem? Enfim, o que se faz quando se faz um processo? Verdade, como era tratada, não tem mais. Perfeito. Mas se é assim – e continuam os processos – o que é que tem neles? Neste ponto, é como se as pessoas ficassem órfãs: se não tem verdade, já não tem mais nada; não se tem o que pensar; não se consegue imaginar o que possa estar lá no lugar. Assim, embora de maneira singela, pode-se dizer que no processo se continua a tentar dar conhecimento a quem não tem, de modo a que se possa julgar. Desde este ponto de vista, bem se vê que a verdade (usada ideologicamente) é uma qualidade que se atribui ao conhecimento. Dizer que tal qualidade (seja ela qual for: material, formal, etc) não se pode dar ao conhecimento é dizer que o que se dizia ser verdade já não serve mais; mas não retira o conhecimento daquele lugar.<sup>676</sup>*

Com essa importante colocação Jacinto Coutinho se pergunta o que possa estar no lugar dessa discussão de verdade no processo penal? Ou seja, como refere Jacinto, ainda que saiba que não se trata de uma busca de verdade absoluta, o fato é que o processo continua aí e nele se continua trabalhando com a ideia de que é preciso dar a conhecer a quem não conhece, para que possa julgar. Como fazer, então, para que a ausência de uma verdade absoluta não venha premiar os pré-juízos de valor e os pré-conceitos, fazendo com que eles acabem por vezes prevalecendo para além da pré-compreensão estruturante e que, nessa medida, possam deturpar fatos e análises probatórias?

Enquanto as respostas neurocientíficas não são capazes de permitir adoções mais radicais como as acima pontuadas (se é que, de fato, algum dia o serão e não que isso possa representar, necessariamente, uma “solução”), o ponto de partida para a saída do dilema apontado por Jacinto Coutinho e pela ausência de alcance de uma

---

<sup>676</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Os Sistemas Processuais Agonizam?** Conferência proferida no Seminário Direito Penal e Processo Penal: entre a Prática e a Ciência. Evento comemorativo aos 30 anos do Curso Prof. Luiz Carlos, Curitiba, 29 de novembro de 2013.

verdade absoluta no processo pode ser encontrada – em parte<sup>677</sup> – na obra de Khaled Jr., na noção por ele construída de uma “verdade analógica” obtida “a partir da reconstrução narrativa dos rastros da passeidade”<sup>678</sup>, ou, ainda, com Jacinto Coutinho: nos “restos de linguagem”, aquilo que “sobra” do crime praticado<sup>679</sup>. Nesse passo se não ignora o que ocorreu, mas apenas se pondera a dificuldade de sua reconstituição pela via dos rastros deixados:

*Se, de um lado, o passado não pode ser um Mesmo, de outro lado também não pode ser um Outro, pura e simplesmente, caso esteja preservado na forma de rastros. Somente considerá-lo em função da distância acaba produzindo uma ontologia negadora do passado, na medida em que, mesmo tendo sido, ele persiste na forma de rastros e, portanto, de certa forma, ainda é. O conhecimento que se sustenta em provas não é, certamente, em absoluto, um Outro completo em relação ao tempo que escoou, desprovido de qualquer relação significativa com o que ocorreu no passado. Que isso fique claro: o conhecimento sobre o passado não pode ter o estatuto de uma verdade correspondente (no sentido de o Mesmo), mas ele também não é completamente um Outro em relação ao passado (o que implicaria falsidade pela diferença absoluta e reduziria o processo e sua dimensão de saber a pó, uma vez que ele não guardaria relação alguma com a verdade, o que certamente o afastaria por completo do ideal de justiça e o reduziria a mero jogo argumentativo marcado pelo decisionismo).*<sup>680</sup>

Khaled Jr. seguiu aqui a estrutura do pensamento de Paul Ricoeur na análise que este fez da obra “Sofista” de Platão, através da qual Ricoeur compreendeu que a relação com o passado deve passar “sucessivamente sob o signo do Mesmo, do Outro e do Análogo”:

---

<sup>677</sup> Como análise crítica da importante obra de Khaled Jr., destaca-se que ele ainda trabalha a questão da verdade no processo penal fortemente influenciado pelo discurso dos sistemas acusatório *versus* inquisitório, lidos num contexto de certa forma reducionista, e pela visão unilateral e liberal burguesa do século XIX de que o processo serve apenas para contenção do poder do Estado<sup>677</sup> e, justamente em decorrência dessas fortes vinculações discursivas, prega uma inércia absoluta do magistrado na questão probatória (com o que não se concorda pelos motivos que na Terceira Parte desse trabalho serão melhor explorados).

<sup>678</sup> KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. Ob. cit., p. 08.

<sup>679</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio. *Per un Tango da Ballare Tutti Insieme...* In: AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 17-27, p. 24.

<sup>680</sup> KHALED JR., Salah H. Ob. cit., p. 349.

*A articulação intelectual que proponho para esse enigma é transposta da dialética entre “grandes gêneros” que Platão elabora no Sofista (254 b-259 d). Escolhi, por motivos que serão esclarecidos à medida que avance o trabalho de pensamento, os três “grandes gêneros” do Mesmo, do Outro e do Análogo. Não digo que a ideia de passado se constrói pelo próprio encadeamento desses três “grandes gêneros”; afirmo apenas que dizemos algo de sensato sobre o passado ao pensá-lo sucessivamente sob o signo do Mesmo, do Outro e do Análogo.<sup>681</sup>*

Com efeito, é a partir desses “três grandes gêneros” que Ricouer recolheu do “Sofista” de Platão que Salah H. Khaled Jr. complementa sua proposta para a verdade análoga no processo penal:

*É a partir da noção de rastro que sustentamos que o conhecimento sobre o passado não deve ser situado isoladamente no âmbito do Mesmo, ou do Outro. Caso esteja embasada em rastros do passado, a narrativa elaborada pelo juiz deve ser situada em uma terceira esfera ontológica: a do Análogo. Por Análogo, compreenda-se simultaneamente Ser-come e Não-ser; uma verdade que opera no âmbito da constante tensão entre o desvelamento e o encobrimento, para finalmente ser analogicamente produzida como um artefato narrativo elaborado pelo juiz, como ser-no-mundo que é. Portanto, trata-se de uma verdade analogicamente produzida sob a forma narrativa, o que conforma um critério de verdade enquanto (re)produção analógica do passado e não enquanto correspondência – ainda que relativa ou aproximada – em relação a um evento que pertence a um tempo escoado.<sup>682</sup>*

Portanto, compreendido que o processo penal se conduz, quando muito, pela limitação de linguagem, na perspectiva de alcançar uma “reconstrução narrativa dos rastros da passividade que compõe uma verdade analógica”, como refere Khaled Jr., é preciso norteá-lo no que respeita à metodologia e ao papel das partes e do juiz nesse universo. As partes procuraram demonstrar ao juiz que têm razão em suas pretensões. Visam, portanto, operar o que, a partir de James Goldschmidt, Franco Cordero usou denominar de “captura psíquica do juiz”:

*Cada processo é ação falada a três ou mais locutores: as partes pedem alguma coisa, o juiz acolhe ou não os pedidos. Numa importante suma sobre o “Prozess als Rechtslage”, James*

<sup>681</sup> RICOUER, Paul. **Tempo e Narrativa. Volume 3. O Tempo Narrado**. Tradução de Claudia Berliner, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 239.

<sup>682</sup> KHALED JR., Salah H. Ob. cit., p. 356.

*Goldschmidt desenvolve a análise dessa figura: perguntas, afirmações, instâncias sobre as provas, são “Erwirkungshandlungen”: chamemo-las “atos destinados a uma captura psíquica do juiz”.*<sup>683</sup>

Porém, nessa “ação falada a três” na qual as partes realizam “atos destinados a uma captura psíquica do juiz”, este não pode ser mais visto apenas como alguém que está em busca da verdade, de uma certeza ou, pior ainda, de uma escolha, pois o método analítico-silogístico aristotélico e o método cartesiano não servem mais de paradigmas isolados para o processo penal. Chega-se então ao cerne da questão: não é a veracidade (ainda que analógica) que está em jogo, mas a decidibilidade, como pontua Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>684</sup>. É na discussão do momento e da forma pela qual as partes conseguem promover a “captura psíquica do juiz” dando maior efetividade ao contraditório e à ampla defesa, aliado ao momento em que este corta o elo comunicativo com as provas e com as partes, ou seja, na discussão de como se forma e em que momento ocorre a “de-cisão” (“cortar fora”) do magistrado, que se deve melhor compreender a complexidade do processo. De fato, até mesmo no plano semântico a palavra “decisão” é formada com o prefixo “de” (fora) e “cisão” (que vem do latim *caedere*, corte, cortar<sup>685</sup>), significando dizer que quando o juiz “decide”, ele “corta fora” a comunicação que estava mantendo com as partes.

Já de início se deixa marcado que nesse processo onde a decidibilidade é a chave, é necessário criar um processo no qual ela se não converta em decisionismo e a sentença não passe de uma “bricolage de significantes” premiada pelo solipsismo, para usar a expressão cunhada por Alexandre Morais da Rosa<sup>686</sup>. É preciso neutralizar a possibilidade de prevalecer a ideia que hoje tem dominado a jurisprudência brasileira, na má-recepção do quanto se quer dizer com “livre convencimento” judicial, principalmente aquela que vem somada ao discurso de que “decido conforme a minha

<sup>683</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: UTET, 1986, p. 194. Tradução nossa. No original, em italiano: *Ogni processo è azione parlata a tre o più locutori: le parti chiedono qualcosa; il giudice accoglie o no i petita. In un'importante summa sul “Prozess als Rechtslage”, James Goldschmidt sviluppa l'analisi da questa figura: domande, affermazioni, istanze sulle prove, sono “Erwirkungshandlungen”; chiamiamole “atti intesi a una cattura psichica del giudice”.*

<sup>684</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1973, pp. 95 e ss..

<sup>685</sup> IRTI, Natalino. **Diritto Senza Verità**. Roma-Bari: Laterza, 2011, p. 71.

<sup>686</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

consciência”. Assim, como mais adiante se retomará, é fundamental também encontrar o lugar do juiz em relação à prova, não apenas “preservando-se” as garantias processuais no âmbito de construção dessa decidibilidade, mas dando maior efetividade linguística a elas.

E para tanto é preciso retomar e ampliar a análise do quanto se procurou apresentar nas seções precedentes, isto é, se com a supervalorização do sujeito verificada na modernidade a atenção se voltou para ele, com a Filosofia da Linguagem se percebeu que algo está entre o sujeito e o objeto, atuando como condição de possibilidade na mediação do sentido: a linguagem.

Mas, registre-se, nessa questão é importante bem compreender que a palavra passa a ser intermediária entre o sujeito e o objeto não apenas no sentido de que ela se interpõe entre o sujeito e objeto, mas no sentido dado por Heidegger e Gadamer ela atua como “condição de possibilidade”<sup>687</sup> da compreensão. É compartilhada, dada antes, pré-compreendida, não privada. E a questão da “verdade”, assim, coloca-se numa relação “sujeito-sujeito” e não mais “sujeito-objeto”, na qual, como destaca Ernildo Stein, o “acesso a algo não nunca é direto e objetivante, o acesso a algo é pela mediação do significado e do sentido (...) não existe acesso às coisas sem a mediação do significado”<sup>688</sup>.

Nessa perspectiva, se depois de Heidegger se sabe que é o sujeito, em sua ontologia como ser-no-mundo, com sua pré-compreensão e sua faticidade<sup>689</sup>, agindo em relação com o outro sujeito, que constitui o sentido das coisas pelas palavras, com Gadamer também se sabe que é essa comunicabilidade pela linguagem que acaba sendo a condição de possibilidade de se dar sentido às coisas. E nesse processo se deve ter cuidado com as palavras, as quais, além de dar sentido aos objetos, podem também lhes alterar os sentidos. No final desse processo de compreensão do sentido das provas o que sobra é decisão do magistrado. O juiz em determinado momento do curso processual decide e, depois de tomada essa decisão, precisará convencer, na

---

<sup>687</sup> STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Ob. cit., p. 217.

<sup>688</sup> STEIN, Ernildo. **A Caminho de Uma Fundamentação Pós-Metafísica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 86.

<sup>689</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ontologia (Hermenêutica da Faticidade)**. 2ª ed., tradução de Renato Kirchner, Petrópolis: Vozes, 2013.

sentença e pela linguagem, os receptores de sua decisão<sup>690</sup>. Nesse contexto, é preferível que forme sua decisão com atenção a mais efetiva possível ao quanto as partes sustentam e o quanto as testemunhas referem, para evitar que, ao invés de decidir, o juiz opere por “escolhas” pessoais. As questões cruciais que se colocam, então, são: quando o juiz decide? Como ele decide? De forma arbitrária, fazendo “escolhas” mediante “livre apreciação”? Como as partes podem interferir nesse processo decisório ampliando a efetividade ao contraditório e à ampla defesa? Será através da inércia probatória do juiz inclusive no momento da produção da prova apresentada pelas partes? A inércia do magistrado realmente opera como condição de possibilidade para a correção do caráter alucionatório das evidências? A inércia do juiz é capaz de acabar com o protagonismo judicial? Na inércia do juiz deixaria de haver a má-recepção da “livre apreciação” como equivalente a dizer qualquer coisa sobre qualquer prova? Como controlar esse juiz em seu processo mental decisório? Enfim, serão estas as perguntas que se procurará responder na Terceira Parte deste trabalho. Antes, porém, é preciso enfrentar a base de excesso epistemológico do discurso dicotômico dos sistemas, até para desvelar o que hoje se encontra dominante no que aqui se pode denominar de um misto entre uma “tradição inautêntica” e um “senso comum teórico crítico” da doutrina moderna, para melhor direcionar a potencialidade do chamado “sistema acusatório”, sem olvidar as balizas funcionais que devem orientar o processo penal brasileiro.

De fato, se de um lado ficou claro que o juiz não pode ter sua atividade probatória legitimada pela ideia de busca de uma verdade real ou qualquer outro substituto semântico, por outro, é preciso compreender que não é porque o sistema é chamado de acusatório que se deva repelir a possibilidade de atividade probatória secundária do magistrado.

É certo que essa dicotomia discursiva dos sistemas tem se mostrado importante como norte de enfrentamento do modelo processual autoritário como é o brasileiro na origem de um Código de Processo Penal de 1941, de estrutura ideológica fascista. Porém, ela apresenta uma série de compreensões e dependendo do ângulo de análise

---

<sup>690</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Verità, Dubbio, Certezza**. Ob. cit., p. 06: *e ricordare che prima si giudica e poi si ragiona*.



pode orientar a interpretação do processo penal para um lado ou para outro. Mesmo assim, se foi com base na pregação de um “sistema acusatório” que se conseguiu, com dificuldades, registre-se, provocar algumas importantes mudanças nas culturas exegéticas do Código de Processo Penal, seja pela via doutrinária e jurisprudencial, seja mesmo pela via das recentes reformas legislativas, ainda que se revele algumas falácias históricas na estruturação destes modelos, insiste-se na consagração do chamado “sistema acusatório”, pois as mudanças na forma de pensar a Constituição se não operaram em sua plenitude, fazendo-o apenas aqui com a sugestão de reorientação a partir das balizas funcionais a serem propostas nas partes seguintes.

Porém, é importante também compreender que a análise de parte da doutrina “moderna” de processo penal, ao pregar uma absoluta inércia judicial como afirmação de um denominado “sistema acusatório” está tão equivocada quanto a doutrina “tradicional” ao legitimar o ativismo probatório dos juízes em nome da “busca da verdade real” ou de seus correlatos.

Passa-se, então, como segundo ponto fundamental desta tese, a analisar a problemática envolvendo a vinculação dicotômica dos denominados “sistemas” processuais penais, usada por alguns autores como fator impeditivo da atividade probatória dos juízes, mesmo aquela de natureza complementar.

**Parte II – “O juiz poder complementar a produção probatória é inquisitorial”:  
repensando as bases discursivas de parte da doutrina moderna.**

*Todo o “bom” do processo se referiu ao princípio acusatório; todo o “mal” a um chamado processo inquisitivo. Parece-nos evidente que se esteve operando sem a, pelo menos, conveniente precisão conceitual.*  
(JUAN MONTERO AROCA)<sup>691</sup>

*Muitas vezes essa distância temporal nos dá condições de resolver a verdadeira crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os verdadeiros preconceitos, sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos que produzem os mal-entendidos. Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica. Ela tomará consciência dos próprios preconceitos que guiam a compreensão para que a tradição se destaque e ganhe validade como uma opinião distinta. É claro que destacar um preconceito implica suspender sua validade. Pois, na medida em que um preconceito nos determina, não o conhecemos nem o pensamos como um juízo. Como poderia então ser colocado em evidência? Enquanto está em jogo, é impossível fazer com que um preconceito salte aos olhos; para isso é preciso de certo modo provoca-lo. Isso que pode provoca-lo é precisamente o encontro com a tradição, pois o que incita a compreender deve ter-se feito valer já, de algum modo, em sua própria alteridade.* (HANS-GEORG GADAMER)<sup>692</sup>

Não são poucos os autores de processo penal que hoje consideram que o juiz participar de forma ativa, inclusive apenas no plano complementar, do momento de produção das provas é “inquisitório”<sup>693</sup>. A repetição dessa conclusão é tamanha em

<sup>691</sup> AROCA, Juan Montero. *Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político*. In: **Prueba y Proceso Penal. Analises especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado**. Coordinador: GÓMEZ COLOMER, Juan Luís. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 17-66, p. 42. Tradução nossa. No original, em espanhol: *Todo lo “bueno” del proceso se ha referido al principio acusatorio; todo lo “malo” a un llamado proceso inquisitivo. Nos parece evidente que se ha estado operando sin la, por lo menos, conveniente precisión conceptual*.

<sup>692</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Ob. cit., p. 395.

<sup>693</sup> Vide, por exemplo: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Ob. cit., p. 488; KHALED JR., Salah H. Ob. cit., p. 37; BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e 11.719/08**. Ob. cit.,

parte da doutrina mais moderna que chega a se caracterizar até mesmo como um “senso comum teórico dos juristas”, como diz Warat<sup>694</sup>. No entanto, há que se fazer uma distinção: para alguns autores, a exemplo de Franco Cordero, como regra o juiz deve ser inerte no que concerne às iniciativas de produção da prova, mas pode ter atividade probatória complementar em relação a alguns casos previstos em lei<sup>695</sup>, bem como pode complementar com novas perguntas a inquirição das testemunhas

---

pp. 50-51; TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. **O Novo Sistema de Provas no Processo Penal. Comentários à Lei 11.690/08**. Ob. cit., p. 65; AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. Ob. cit., pp. 463-464; EBERHARDT, Marcos. Reformas Processuais Penais no Âmbito da Produção Probatória. In: **Reformas do Processo Penal**. NUCCI, Guilherme de Souza (Organizador). 2ª ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, pp. 99-134, p. 123; FIORI, Ariane Trevisan. O Desafio do Novo. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, pp. 69-75, p. 74; HARTMANN, Helen. Alguns Aparentamentos Sobre o Projeto de Lei 156/2009-PLS e o Interrogatório do Acusado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., p. 81; BORGES, Clara Maria Roman. A Permeabilidade Inquisitorial de Um Projeto de Código de Processo Penal Acusatório. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, pp. 25-36, p. 35; GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do Juiz Criminal Frente à Constituição: Deveres e Limites em Face do Princípio Acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 209-230. BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e 11.719/08**. Ob. cit., p. 31.

<sup>694</sup> WARAT, Luís Alberto. **Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas**. Ob. cit., p. 51.

<sup>695</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Ob. cit., p. 621, verbis: *O poder instrutório do juiz sobrevive em alguns contextos: quando N, testemunha, indica P como informado sobre os fatos (este segundo testemunho é passível de aquisição mesmo se nenhum dos contraditores o peça: art. 195); idem em relação às perícias (art. 224); e a “qualquer documento proveniente do imputado” (art. 237); e à leitura das atas importadas de outro lugar segundo o art. 239; e também quando, admitidas as provas deduzidas “hinc inde”, resultem “absolutamente necessárias” outras, cuja existência tenha surgido (art. 507, porém adjetivo e advérbio integram uma fórmula enfática: para a intervenção aquisitiva basta que a prova de que se trate, hipoteticamente considerada, modifique o quadro decisório); a respeito da leitura das declarações tomadas nas investigações ou na audiência preliminar pelos acusados nos processos conexos, quando tenha fracassado a condução à força do declarante ou a inspeção domiciliar ou uma rogatória internacional, pedidas pela parte (neste caso, o artigo 513, exige somente que sejam “ouvidas as partes”) por último, na renovação do debate em apelação (art. 603).* Tradução nossa. No original, em italiano: *Il potere istruttorio del giudice sopravvive in alcuni contesti: dove N, testimone, indichi P come informato dei fatti (questa seconda testimonianza è acquisibile anche se nessuno dei contraddittori lo chiede: art. 195); idem rispetto alle perizie (art. 224); e a “qualsiasi documento proveniente dall'imputato” (art. 237); e alla lettura dei verbali importati da altre sedi ex art. 239; poi quando, assunte le prove dedotte hinc inde, ne risultino “assolutamente necessarie” altre, la cui esistenza sai emersa (art. 507, ma aggettivo e avverbio compongono una formula enfática: all'intervento acquisitivo basta che la prova di qua, hipoteticamente considerata, modifichi il quadro decisorio); rispetto alla lettura delle dichiarazioni rese nelle indagini o all'udienza preliminare dagli imputati in procedimento connessi, quando siano falliti l'accompagnamento coattivo del dichiarante ovvero l'esame a domicilio o una rogatoria Internazionale, richiesti dalla parte (qui l'art. 513 esige solo che vengano “sentite le parti”); infine nel dibattimento rinnovato in apelo, (art. 603).*

propostas pelas partes<sup>696</sup>. Já para outros autores, o juiz não deve ter qualquer possibilidade de atuação positiva na produção da prova, pois ela sempre seria “inquisitória”, a exemplo do que refere Salah Khaled Jr.<sup>697</sup>.

Ademais, há uma falsa vinculação à ideia do juiz produzir provas de ofício e sistema inquisitório. Historicamente, falar em atividade probatória do juiz não deve ser necessariamente sinônimo de algo negativo e “inquisitorial”. Com efeito, há uma série de equívocos históricos que conduziram à compreensão hoje dada como “correta” por boa parte da doutrina nacional e estrangeira a esse respeito.

Não se quer com isso dizer que essa dualidade não tenha relevância alguma e não tenha representado um importante porto para balizar as discussões e exegeses, principalmente depois da Constituição de 1988, como já se pontuou ao final da Primeira Parte da tese. Frise-se, mais uma vez, que o discurso “acusatório *versus* inquisitório” exerceu – e ainda exerce – papel relevante na orientação crítica do conflito evidenciado entre as regras do Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, e as regras da Constituição da República de 1988. No entanto, hoje, para alguns doutrinadores, os rótulos “acusatório” ou “inquisitório”, ao invés de permitir continuar na crítica positiva e na pretensão de se firmar um sistema processual conforme a Constituição, por vezes acabaram virando *slogans* desfocados de suas origens produzindo “significados emotivos” no intérprete – para usar a expressão de Ennio Amodio<sup>698</sup> – e, mais do que

<sup>696</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Ob. cit., p. 682, *verbis*: Ao final, por vontade própria ou porque lhe pediu um colega, interlocuciona em dois modos: indiretamente, assinalando às partes os pontos que convém estender o exame; ou com perguntas diretas às testemunhas já examinadas, preservado o direito dos contraditores a fazerem intervenções sucessivas na mesma ordem (art. 506). Tradução nossa. No original, em italiano: *Infine, motu proprio o perché gliel'abbia suggerito un collega, interloquisce in due modi: indirettamente, segnalando alle parti i punti a cui conviene estendere l'esame; o con domande dirette al testimone già escusso, salvo il diritto dei contraddittori a interventi successivi nel solito ordine (art. 506).*

<sup>697</sup> KHALED JR., Salah. **A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial**. Ob. cit., p. 151, *verbis*: De fato, não são poucos os autores que consideram que essa atividade deve ser tida como residual, complementar e limitada; no entanto, como exploraremos posteriormente, não conseguimos vislumbrar caso em que essa atividade não se mostre danosa ao acusado, motivo pelo qual a consideramos em flagrante descompasso com a exigência de democraticidade, o que nos parece inaceitável; afinal, tal atividade desconsidera completamente o *in dubio pro reo*, uma vez que na dúvida o juiz parte em busca de provas, que obviamente só podem ter a finalidade de obter a condenação a qualquer custo. Em uma estrutura regrada de contenção do poder punitivo, a dúvida não pode qualquer outro resultado que a absolvição, o que expressa o próprio sentido do princípio do *in dubio pro reo*.

<sup>698</sup> AMODIO, Ennio. **Processo Penale, Diritto Europeo e Common Law: dal rito inquisitorio al giusto processo**. Ob. cit., p. 195.

isso, tornam-se fatores impeditivos à compreensão plena do processo penal brasileiro sob o prisma constitucional.

De fato, a impressão que se tem, lendo determinados autores, é que dogmaticamente já se “decidiu” que o juiz não deve produzir provas no processo penal. Insista-se: não se ignora que foram lançados importantes argumentos nesse sentido, porém eles são dados hoje, por uma parte da doutrina de processo penal, notadamente uma parcela da doutrina mais “moderna”, como absolutamente “verdadeiros”, não se admitindo a possibilidade de serem contrapostos sem que imediatamente essa doutrina recorra ao véu de Maia impeditivo de qualquer crítica ao seu modo de pensar, colando-lhe apressadamente o rótulo de “inquisitório”. De fato, a defesa da atividade probatória complementar do juiz foi seguida da adoção do rótulo “inquisitório” que hoje tem servido em parte da doutrina mais como um refrão pejorativo que macula tudo o que a ele se vincula<sup>699</sup>. Decorrência dessa crença, falar em atividade probatória do juiz, mesmo que apenas no sentido de complementar a prova introduzida no processo pelas partes, para alguns autores passou a ser sinônimo de ignorância e quem defende essa possibilidade – muitos, é claro, por fazê-lo embasado em premissas erradas como a “busca da verdade real”, diga-se – passou a ser patrulhado, rotulado e por vezes até ridicularizado no mesmo sentido pejorativo. O problema está em considerar que, havendo essa premissa errada – rotulada com a pecha de inquisitória – toda e qualquer defesa da ideia do juiz ter parcela de postura ativa complementar na produção probatória também deva ser embasada na mesma premissa falsa e, portanto, deva também ser taxada pejorativamente.

Esta parte da tese, portanto, pretende desvelar os equívocos discursivos de excessivo apego aos dois sistemas lidos em suas pretensões de “pureza” dicotômica, para provocar no intérprete e no doutrinador a necessidade deles também se desapegarem de seus pré-conceitos a respeito dos sistemas processuais penais, permitindo-lhes ver que é possível integrar à ideia de gestão das provas pelas partes,

---

<sup>699</sup> Nesse sentido também é a percepção de PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo “iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam” y su repercusión actual*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 129 e ss.. No mesmo sentido: SCHWIKKARD, Pamela Jane. *Procedural Models and Fair Trial Rights*. International Association of Procedural Law, Toronto Conference, 2009, disponível em <http://www.docstoc.com/docs/30851484/Procedural-models-and-fair-trial-rights>, acesso em 15 de setembro de 2014.

inclusive para otimizá-la, a possibilidade do juiz complementar a inquirição das testemunhas, até porque “atividade probatória complementar do juiz” e “inquisitorialismo” não guardam necessária vinculação histórica (e assim, não excluem o sistema inverso – acusatório), e, portanto, não precisam continuar a serem considerados como sinônimos perversos.

## **Capítulo I – Sistemas.**

*Se o historiador usa uma teoria rígida e sistemática como seu instrumento hermenêutico, corre o risco de nivelar o passado e o presente e perder o sentido de diferença e distância entre eles. A história se torna escrava da teoria e não o inverso. Assim, as lentes do presente devem ser um auxílio e não um obstáculo para compreender o passado.*  
(PIETRO COSTA)<sup>700</sup>

Levando em conta que o fundamento central de parcela da doutrina mais moderna de processo penal está centrado justamente no rótulo do “sistema inquisitório” para embasar a proibição de o juiz produzir prova complementar de ofício, no intuito de demonstrar como esse rótulo pode ser repensado, inicia-se procurando bem delimitar o que se compreenda por “sistema”, já que a palavra não é necessariamente adotada com o cuidado devido na doutrina o que, por si só, já conduz a interpretações questionáveis.

Assim, antes de ingressar na análise das variações discursivas relacionadas à dicotomia dos sistemas processuais penais, o que permitirá compreender por outro ângulo a problemática da participação do juiz na produção probatória, é fundamental bem delimitar o que se possa entender por “sistema”.

Sem uma definição precisa e orientadora do discurso, quando se fala em “sistema” tudo acaba sendo válido e, nessa medida, o que acontece na doutrina em geral é o fato de qualquer um dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”<sup>701</sup> em termos de sistemas processuais penais.

Aliás, a doutrina costuma não enfrentar a definição do que se compreenda por “sistema” e, dá-la como certa, como presumida, além de arriscado, torna-se a razão primordial pela qual alguns equívocos discursivos proliferam nesse campo. Enfrenta-se, então, como necessidade preliminar para a compreensão das análises doutrinárias na temática dos sistemas processuais, a dinâmica histórico-filosófica envolvendo essa

<sup>700</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia. Ensaios de História do Pensamento Jurídico**. Tradução de Alexander Rodrigues de Castro et.al. Curitiba: Juruá, 2010, p. 54.

<sup>701</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Ob. cit, p. 311.

palavra, para, ao final deste Capítulo, ter presente seu conceito técnico e preciso como norte de exegese.

## Seção I - O emprego multidisciplinar da palavra “sistema”.

*Uma definição muito geral de ‘sistema’ é “Conjunto de elementos relacionados entre si funcionalmente, de modo que cada elemento do sistema é função de algum outro elemento, não havendo nenhum elemento isolado” (...) Fora dessas considerações muito gerais, é difícil elaborar uma definição de ‘sistema’ capaz de satisfazer os numerosos empregos do conceito de sistema (...)*  
(J. FERRATER MORA)<sup>702</sup>

Como referido por Ferrater Mora e como o senso comum também conhece, o conceito de “sistema” admite variações sob as mais diversas óticas, ora sendo empregado em visão mais formal, apenas para pontuar a existência de um conjunto de regras, ora como se fora algo equiparado ao método de interpretar as regras ou mesmo num simples “agrupamento de famílias” para usar a expressão de René David<sup>703</sup>.

A palavra “sistema” e sua noção elementar têm origem grega, derivando da conjugação das palavras “sýn” (que quer dizer: com ou junto) e “histánai” (isto é, colocar, pôr)<sup>704</sup>, vindo a significar “conjunto”, “composto”, “construído” ou, ainda, “totalidade construída” e, para estar presente, o sistema deve obedecer a uma “unidade de comando”, a fim de evitar visões distorcidas nas interpretações das regras que o estão a compor<sup>705</sup>. Mario G. Losano<sup>706</sup>, com base no *Thesaurus graecae linguae* de

<sup>702</sup> FERRATER MORA, J. **Dicionário de Filosofia. Tomo IV.** Ob. cit., p. 2703.

<sup>703</sup> DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** Tradução de Hermínio A Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 21 e ss

<sup>704</sup> CAPPELLINI, Paolo. **Sistema Jurídico e Codificação.** Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca e Angela Couto Machado Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007, p. 09.

<sup>705</sup> Conforme COLUCCI, Maria da Glória. **Fundamentos de Teoria Geral do Direito e do Processo**, 3º ed., Curitiba: JM Editora, 2003, p. 29 e ss. e também, a respeito da origem da palavra: FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 37.

<sup>706</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito. Vol. 1. Das Origens à Escola Histórica.** Tradução de Carlo Alberto Dastoli, São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 09.



Henricus Stephanus, esclarece ser o termo traduzido como “*coagmentatio, concretio, compages, compositio, collectio, congregatio, acervus, cumulus*”, dentre outros.

Do grego antigo, ganha tradução para o latim: *systema*, mas várias outras palavras em latim a substituem, a exemplo de *compago, constructio* ou, ainda, *structura*.<sup>707</sup>

Também se não ignora que hoje, como no passado, a noção de sistema possa construir discursos variados, com empregos diversos da palavra. Assim, além de servir a classificações e opções científicas e/ou metodológicas, a palavra “sistema” continua sendo usada inclusive num plano mais genérico e vulgar.

O que se tem, então, é que o uso da palavra “sistema” sempre foi amplamente difundido. Aliás, raras são as atividades que dispensam a referência à ideia de sistema, não obstante, nem sempre se tenha a noção precisa do que se está trabalhando. Fala-se, por exemplo, em “sistema planetário”, “sistema solar”, “sistema filosófico”, “sistema político”, “sistema eleitoral”, “sistema social”, “sistema cultural”, “sistema populacional”, “sistema educacional”, “sistema orgânico”, “sistema operacional”, “sistema financeiro”, “sistema econômico”, “ecossistema”, e por aí vai, praticamente sem limites. Chega-se mesmo a usar a palavra sem que possa ser compreendida por quem a está empregando, a exemplo da afirmação que costuma provocar a ira das pessoas em diversas situações do dia-a-dia: “infelizmente o sistema está fora do ar...” ou, ainda, “é culpa do sistema...”. Enfim: quase todos os campos do conhecimento humano podem ser tratados sob um “enfoque sistêmico”.

Assim, o uso da palavra admite essa visão multidisciplinar, guardando especial construção teórica e significativa importância na Sociologia, na qual se destaca o trabalho de Luhmann<sup>708</sup>, ou mesmo na Biologia – particularmente com Maturana e Varela<sup>709</sup> ou, ainda, apenas no plano gramatical e linguístico, como o fez, por exemplo,

<sup>707</sup> Conforme LOSANO, Mario G.. Ob. cit., pp. 15 e ss..

<sup>708</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general**.. Tradução para o espanhol de Silvia Pappe e Brunhilde Erker, Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

<sup>709</sup> MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin, São Paulo: Palas Athena, 2001.

Saussure<sup>710</sup> e até mesmo, mais recentemente, como empregado no campo da informática<sup>711</sup>.

Quanto ao Direito, embora de certa forma atrasado em comparação a outros ramos do conhecimento, o estudo dos sistemas tem provocado reflexos, particularmente influenciados pela obra de Claus-Wilhelm Canaris<sup>712</sup>.

No Direito Penal material, por exemplo, o discurso sistêmico já passou por diferentes modelos nas Escolas tradicionais do causalismo e do finalismo, com a ideia fundante centrada na ideia de conduta, sendo que mais recentemente se encaminha na linha das teorias funcionalistas de Jakobs<sup>713</sup> e Roxin<sup>714</sup>, que procuram superar a consagrada metodologia sistêmica analítica para emprestar visão sistêmica funcional ao Direito Penal. O mesmo, em certa medida, se verifica no Direito Processual Penal, como se verá mais adiante.

Diante desse quadro, o estudo dos sistemas, ou melhor, o estudo do que se entenda por “sistema”, como entidade científica própria, ganha cada vez mais campo e importância.

Assim, se o emprego da palavra é amplamente difundido, não é possível continuar a tratá-la como algo apenas abstrato, sem qualquer precisão terminológica, como se fosse uma “palavra-chave” que pudesse ser usada sempre que se não soubesse exatamente do que se está falando.

Para evitar esse equívoco de análise, passa-se a investigar o emprego histórico da palavra “sistema” ao longo dos tempos.

---

<sup>710</sup> SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de Lingüística Geral**. 20 ed., tradução de A. Chelini, José P. Paes e I. Blikstein, São Paulo: Cultrix, USP, 1997, p. 126.

<sup>711</sup> com a edificação desta profissão da pós-modernidade: o “analista de sistemas”.

<sup>712</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro, 2 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

<sup>713</sup> JAKOBS, Günter. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari; colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: RT, 2003.

<sup>714</sup> ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

## Seção II – Usos primitivos da palavra “sistema” em Aristóteles (322 a.C.), em Justiniano (533 d.C.) e na Idade Média (até Copérnico – 1473).

*Os textos aristotélicos revelam que, ao contrário da abertura deixada por Platão, que não chega a um conjunto sistemático de ideias, Aristóteles formula um sistema ou pelo menos estabelece seus elementos.*

(JOSÉ MAURÍCIO DE CARVALHO)<sup>715</sup>

Considerando que a palavra “sistema” tem origem grega (como destacado acima), o ponto de partida desta análise histórica do emprego da palavra não deve ser outro, senão o de procurar evidenciar como era sua utilização entre os gregos antigos.

Já de início vale o alerta de Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>716</sup> ao apontar que o significado que hoje se lhe atribui “não tem correspondência exata ao uso que dela fez o pensamento grego clássico”, esclarecendo que “systema não aparece aí nem como uma espécie característica de construção mental (pensamento sistemático) nem como específico para determinadas disciplinas científicas, nem ainda como titulação de livros ou estudos”.

Mario G. Losano vai mais além e pondera adotarem os gregos a palavra com, pelo menos, quatro significados distintos, dois deles técnicos e relacionados à música e à métrica, e dois deles atécnicos, usados no dia a dia pela população, caracterizando, na essência, “qualquer forma de organização de qualquer elemento”<sup>717</sup>.

Seja como for, para a visão atécnica, que serve à presente análise, ou seja, para fugir da métrica e da música, Aristóteles aparece como o principal<sup>718</sup> precursor da utilização da palavra e, diversamente do referido alerta feito por Tércio Sampaio, ao analisarem-se os textos daquele, a palavra “sistema” parece alcançar o sentido de organização das ideias, como um método de análise de determinado tema central. De

<sup>715</sup> CARVALHO, José Maurício de. **História da Filosofia e Tradições Culturais. Um Diálogo com Joaquim de Carvalho**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 109.

<sup>716</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **O Conceito de Sistema no Direito**, São Paulo: RT, 1976, p. 08.

<sup>717</sup> LOSANO, Mario G.. Ob. cit., p. 10.

<sup>718</sup> Ocasionalmente a palavra também é referida em Platão.

fato, em sua obra intitulada “Retórica”, Aristóteles deu o tom da estrutura de seu pensamento desde o início<sup>719</sup>:

*Retórica é a contrapartida da Dialética. Ambas referem-se a assuntos gerais mais ou menos de interesse da compreensão humana e não pertencem a uma ciência definida. Assim, todos os homens fazem uso delas em maior ou menor medida, pois tentam, de certo modo, questionar e sustentar argumentos, defendendo-se a si próprios e acusando outros. Pessoas comuns fazem-no aleatoriamente ou por meio da prática e de hábitos adquiridos. Caso esses meios sejam possíveis, o assunto pode ser claramente conduzido de modo sistemático, e por isso é possível inquirir os motivos pelos quais alguns oradores obtêm êxito por meio da prática e outros espontaneamente.*

E mais adiante complementa:

*Deixe-nos agora tentar solucionar os princípios sistemáticos da Retórica em si, isto é, o método correto e os meios de sucessão no objeto que estabelecemos anteriormente. Devemos começar do princípio e definir primeiro o que é retórica, antes de seguirmos em frente.*<sup>720</sup>

O que se vê, portanto, é que Aristóteles elaborou uma dissecação de todos os aspectos que envolvem a ideia de Retórica. Por isso, não obstante não tenha definido exatamente o quanto se entende por sistema, deixou transparecer que o “sistema retórico” engloba diversos aspectos, diversos princípios, todos concatenados entre si. Enfim, Aristóteles enxergava o sistema como uma organização de ideias, não mais do que isso. Para alguns, inclusive, sequer operou num plano sistemático.

Depois de Aristóteles, a abordagem sistemática também se evidencia no ordenamento jurídico romano antigo<sup>721</sup>, destacando-se, particularmente, as Institutas do Imperador Justiniano, que também apresentavam uma visão organizacional das regras positivadas. Aliás, esta preocupação fica clara já no Proêmio das Institutas:

<sup>719</sup> Aristóteles. **Retórica**, tradução de Marcelo Silvano Madeira, São Paulo: Rideel, 2007, p. 19.

<sup>720</sup> Aristóteles. Ob. cit., p. 23.

<sup>721</sup> Sobre o tema, mais uma vez LOSANO, Mario G.. Ob. cit., pp. 15 e ss..

*E, depois que harmonizamos as sacratíssimas constituições imperiais, até então confusas, estendemos nossos cuidados para os imensos volumes da ciência antiga do direito, e chegamos com o favor divino ao fim da obra, julgada tão desesperada como atravessar o oceano a pé.*

(...)

*Assim, depois de reunidos os cinquenta livros do Digesto ou Pandectas, nos quais está compilado todo o antigo direito, o que fizemos por meio do referido e excelso varão Triboniano e de outros varões ilustres e eloquentes, mandamos organizar estas Institutas em quatro livros, para que constituíssem os primeiros elementos de toda a ciência legítima do direito.*<sup>722</sup>

E, no Título I, denominado “Da Justiça e do Direito”, Justiniano deixou clara a linha mestra que deveria nortear toda a interpretação das demais regras, na famosa definição dos preceitos do direito:

*Praecepta júris sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*

*(Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não causar dano a outrem, dar a cada um o que é seu)*<sup>723</sup>

Do texto acima se extrai uma preocupação mínima de pautar-se por uma organização dos textos legais, orientados por princípios claros e previamente definidos, o que pode ser visto como um embrião da estrutura sistemática, mais tarde melhor pensada e definida.

Depois dos romanos e ao longo de boa parte da Idade Média, decorrência da necessidade de aperfeiçoar-se a memória como mecanismo de transmissão do conhecimento, o ainda embrionário pensamento sistemático, ficou em grande medida estruturado e circunscrito às imagens arbóreas (*arbores*), como destaca de forma precisa Mario G. Losano:

*O homem medieval possuía em muitas coisas uma percepção diferente da atual: mesmo estruturas de pensamento que hoje parecem simples, como as relações de parentesco, muitas vezes lhe pareciam complexas. Além disso, como em toda sociedade sem imprensa e sem uma*

<sup>722</sup> **Institutas do Imperador Justiniano: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado pela ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d. C..** Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo: RT, 2000, p. 16.

<sup>723</sup> **Institutas do Imperador Justiniano: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado pela ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d. C.,** Ob. Cit., p. 22.

*alfabetização difusa, o que ajudava a compreender e a recordar não era tanto a audição, e sim a imagem.*

*(...)*

*Para sintetizar situações complexas também externas ao direito recorria-se a figuras geométricas, denominadas ‘estemas’. Ao ‘emblema’ ou ‘estema’, acrescentava-se uma representação figurativa, ‘a imagem total da representação artística e da estrutura jurídica’, que assumia o nome de ‘esquema’. Além disso, também se utilizava a imagem do cacho de conceitos, ou seja, da ‘pirâmide’, e da ‘construção’ arquitetônica, que se tornaram símbolos típicos do sistema a partir do século XIX. (...) Mas a imagem mais antiga e significativa é a da ‘árvore’ (arbor), que conheceu grande difusão em todos os campos do saber, a ponto de nos textos italianos medievais ‘estema’ (stemma), ‘esquema’ (schema) e ‘árvore’ (arbor) acabarem sendo usados como sinônimos.<sup>724</sup>*

A par desta estrutura “arbórea” do pensamento, também neste período pós-Justiniano, o discurso filosófico europeu continental ficou pautado pela visão católico-cristã, despertando pensadores como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, contudo se não possa ignorar a “redescoberta” dos textos de Aristóteles<sup>725</sup>, por volta do século XI.

Esse domínio do discurso religioso veio a dificultar o crescimento da humanidade sob o plano científico e somente sofreu ruptura após lento processo de questionamento da linguagem oficial, como se verá a seguir.

### **Seção III – O pensamento sistemático e o “processo de secularização” (1473 a 1712<sup>726</sup>)**

*Eppur si muove!*

(frase atribuída a GALILEO GALILEI pelo escritor italiano GIUSEPPE BARETTI)<sup>727</sup>

<sup>724</sup> LOSANO, Mario G.. Ob. cit., pp. 35 e 36.

<sup>725</sup> Há quem atribua papel importante à redescoberta dos textos de Aristóteles, quatro séculos antes, como o dado revolucionário da cultura medieval, a exemplo de RUBENSTEIN, Richard. E.. **Herdeiros de Aristóteles, como cristãos, muçulmanos e judeus redescobriram o saber da Antiguidade e iluminaram a Idade Média**. Tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Rocco, 2005, p. 15 e ss..

<sup>726</sup> O “processo de secularização” teve seguimento posterior a esta data, a exemplo das contribuições de Voltaire, Beccaria e tantos outros, culminando na Revolução Francesa. No entanto, aqui, o interesse de análise é limitado no período indicado.

Como destacado acima, é preciso compreender que o discurso filosófico europeu foi, durante muito tempo, “dominado” pela visão católico-cristã, ou seja, desenvolvia-se a filosofia com a preocupação voltada à questão divina. Essa estrutura discursiva começou a ser questionada com o Renascimento quinhentista, em “movimento” que se pode denominar de “processo de secularização”. De início vale o registro de ser a palavra “secularização” aqui tomada como equivalente a “dessacralização”, como a necessidade de desapego com o divino e com a preocupação no ser humano e, não apenas, no sentido de transmissão forçada dos bens da Igreja à autoridade do Estado, conforme refere Habermas<sup>728</sup>.

A mudança paradigmática – para emprestar o termo cunhado por Thomas Kuhn<sup>729</sup> – no plano da ciência, vai se dar com Nicolau Copérnico (1473 a 1543) que, com seu “sistema” heliocêntrico, “minou” a visão de mundo geocêntrico aristotélico-cristão até então tida como absoluta<sup>730</sup>. Johannes Kepler lhe sucede na evolução do pensamento, aperfeiçoando o discurso copernicano com sua “Astronomia Nova”, datada de 1609, e sofrendo diretamente com o processo por heresia de sua mãe<sup>731</sup>. Em contribuição relevante, Galileu Galilei (1610) também se revela um marco importante, pois, em crítica mais direta a Aristóteles – então doutrina oficial da Igreja –, sustentou a unificação das regras “supralunar” (considerada a região celeste, um mundo perfeito e imutável) e “sublunar” (considerada a região terrestre, um mundo imperfeito e inacabado), procurando desmistificar a física e a metafísica aristotélicas<sup>732</sup>. Acabou, também ele, condenado pela Igreja, em 1633. Na mesma linha, Isaac Newton

<sup>727</sup> Conforme FUMAGALLI, Giuseppe. **Chi l’ha Detto? Tesoro di citazioni italiane e straniere, di origine letteraria e storica. Ordinate e Annotate**. 7ª ed. Ulrico Hoepli, 1921, p. 97. Disponível em <https://archive.org/details/chilhadettotesor00fumauoft>, acesso em 17 de novembro de 2014. *Lo scrittore più antico che ne faccia menzione, finora conosciuto, è il Baretto nella Italian Library, London, 1757, pag. 52: no si conoscono finora autorità più antiche a stampa.*

<sup>728</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**. Tradução de Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 138.

<sup>729</sup> KUHN, Thomas. Ob. cit.

<sup>730</sup> Sobre a “revolução copernicana” vide, dentre outros, WHITE, Michael. **Galileu Anticristo: uma biografia**. Tradução de Julián Fuks. Rio de Janeiro: Editora Record, 2009. E também: JAPIASSU, Hilton. **Galileu: o Mártir da Ciência Moderna**, São Paulo: Letras & Letras, 2003, p. 13 e ss..

<sup>731</sup> Sobre a vida de Johannes Kepler vide CONNOR, James A. **A Bruxa de Kepler: a descoberta da ordem cósmica, por um astrônomo em meio a guerras religiosas, intrigas políticas e o julgamento por heresia de sua mãe**. Tradução de Talita M. Rodrigues, Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

<sup>732</sup> CHÂTELET, François. **Uma História da Razão: entrevistas com Émile Noël**. Tradução de Lucy Magalhães, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1994, p. 58.

ao questionar, em 1670, dentre outras, a Santíssima Trindade e a divinização de Cristo<sup>733</sup>.

Tem-se, portanto, diversas manifestações de repulsa ao pensamento oficial da Igreja Católica. Outras tantas também nasceram dentro da própria Igreja Católica, a exemplo das idéias reformistas delineadas nas 95 teses publicadas por Martinho Lutero, em 1517; do “Manifesto de Praga” de Tomás Müntzer em 1521 e até mesmo de Calvino em 1535 (em que pese este último também tenha servido aos interesses dos detentores do dinheiro – e, nessa medida, de parcela do poder –, ao justificar a riqueza terrena)<sup>734</sup>. Também contribuiu para atacar ironicamente os abusos da Igreja, o “quase padre” Erasmo de Rotterdam em sua obra “Elogio da Loucura”, escrita em 1509<sup>735</sup>.

Outros tantos criticaram a visão católica e alguns chegaram a ser considerados mártires desse período, como os filósofos e freis dominicanos Giordano Bruno e Tommaso Campanella, o primeiro morto pela inquisição romana, em 1600, justamente por sustentar a idéia de universo infinito e a existência de vários mundos semelhantes à Terra e por desenvolver críticas ao processo inquisitorial<sup>736</sup>, e o segundo perseguido e condenado à prisão perpétua em 1589, por defender Galileu Galilei e rebater o pensamento de Tomás de Aquino, vindo a ser libertado, 27 anos depois, por gozar da proteção do Papa Urbano VIII<sup>737</sup>.

É evidente que vários outros importantes pensadores da época poderiam ser lembrados, a exemplo de René Descartes, que em 1641 publicou suas meditações metafísicas (o homem domina a natureza) e deu início ao racionalismo; de Baruch Spinoza, seguidor da filosofia de Giordano Bruno e cuja obra é permeada pela ideia de

<sup>733</sup> Vide WHITE, Michael. **Isaac Newton: o Último Feiticeiro. Uma biografia**. Tradução de Beatriz Medina, Rio de Janeiro: Record, 2000 e também ARANTES, José Tadeu. **Bacon e Newton: em busca da Alma do Mundo**, São Paulo: Ed. Terceiro Nome: Mostarda Editora, 2005, p. 55 e ss..

<sup>734</sup> Sobre Martinho Lutero, Tomás Müntzer e Calvino vide, dentre outros, DE BONI, Luis Alberto. **Escritos Seletos de Martinho Lutero, Tomás Müntzer e João Calvino**. Tradução de Ilson Kayser, Martin N. Dreher, Helberto Michel, Arno F. Steltzer e Sabatini Lalli. Petrópolis: Vozes, 2000 e também DELUMEAU, Jean. **O Pecado e o Medo: A culpabilização no Ocidente (Séculos 13-18)**, vol. II. Tradução de Álvaro Lorencini, Bauru, SP: EDUSC, 2003, p. 371 e ss..

<sup>735</sup> ROTTERDAM, Erasmo. **Elogio da Loucura**. Tradução de Ana Paula Pessoa, São Paulo: Sapienza, 2005.

<sup>736</sup> BRUNO, Giordano. **Tratado da Magia**. Tradução, introdução e notas de Rui Tavares, São Paulo: Martins, 2008. Sobre a vida de Giordano Bruno e o processo a que foi submetido, vide WHITE, Michael. **O Papa e o Herege. Giordano Bruno, a verdadeira história do homem que desafiou a Inquisição**. Tradução de Maria Beatriz Medina, Rio de Janeiro: Record, 2003.

<sup>737</sup> CAMPANELLA, Tommaso. **A Cidade do Sol**. Tradução de Heloísa da Graça Burati, São Paulo: Rideel, 2005.



Deus, não necessariamente nos moldes “oficiais” da Igreja<sup>738</sup>, situação que provocou sua morte, queimado na fogueira em 1677<sup>739</sup>.

No campo jurídico-filosófico, tem-se a importante contribuição de Tibério Deciani e seu *Tractatus Criminalis*, publicado em 1590, depois de sua morte, que promoveu diversas críticas ao modo de proceder nas inquisições, e procurou melhor ordenar o direito penal material, distinguindo-o daquele processual<sup>740</sup>. Mas a obra que provocou grande contribuição crítica ao comportamento da Igreja da época é a denominada *Cautio Criminalis*, publicada anonimamente em 1631, na Alemanha (constava da capa da segunda edição – 1632 – a referência a um *incerto theologo romano*), cuja autoria foi atribuída ao jesuíta Friedrich Spee Von Langenfeld, não obstante, em vida, tenha ele, por evidente receio da consequência, negado formalmente sua participação na publicação da primeira edição (as demais edições foram publicadas por iniciativas de terceiras pessoas)<sup>741</sup>.

A obra de Spee é estruturada no modelo dialético escolástico de perguntas e respostas e, num discurso crescente, vai apresentando as inúmeras razões para abandonar as práticas inquisitoriais de interrogatório, em particular relacionadas com o emprego da tortura, finalizando por criticar todos os métodos da Igreja na condução do processo criminal. O interessante é que Spee partiu de relatos de sua própria experiência como inquisidor de “bruxas” ao questionar a legitimidade da Igreja em persegui-las, colocando-as, inclusive, em comparação com os primeiros mártires cristãos<sup>742</sup>.

O que se percebe, portanto, desse longo período da história é estar, ainda, o pensamento sistêmico/organizacional de Aristóteles fortemente presente, inclusive dentre os juristas dos quinhentos e seiscentos, como se vê nas obras de Deciani e Spee, acima referidas, sem se esquecer do alerta de Michele Pifferi de que “reduzir a

<sup>738</sup> SPINOZA, Baruch de. **Pensamentos Metafísicos**. Tradução de Marilena de Souza Chauí Berlinck. Coleção Os Pensadores, São Paulo: Abril ed., 1973, p. 22 e ss..

<sup>739</sup> Conforme STRATHERN, Paul. **Spinoza em 90 minutos**. Tradução de Marcus Penchel, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 7 e ss..

<sup>740</sup> Sobre Tiberio Deciani, vide, dentre outros: PIFFERI, Michele. **Generalia Delictorum. II Tractatus Criminalis di Tiberio Deciani e la “parte generale” di diritto penale**. Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, vol. 66, Milano: Giuffrè, 2006.

<sup>741</sup> SPEE VON LANGENFELD, Friedrich. **Cautio criminalis, or a Book on Witch Trials**. Traduzida para o inglês por Marcus Hellyer. Virginia: University of Virginia, 2003.

<sup>742</sup> SPEE VON LANGENFELD, Friedrich. Ob. cit., p. XIII e ss. e também p. 127 e ss.

dimensão penal a um sistema significa, para Deciani e para os demais juristas do *Cinquecento*, chamados a ocupar cargos ou funções públicas, ordenar um material heterogêneo e diferenciado para depois podê-lo melhor controlar e utilizar”<sup>743</sup>. Assim, justamente por servir de suporte ao discurso oficial da Igreja, legitimando, inclusive, os abusos das Inquisições, é que passou a ser questionado, notadamente pelas construções científicas, a partir de Nicolau Copérnico.

De qualquer sorte, do mesmo jeito que se evidenciava em Aristóteles, os pensadores da época ainda não traziam uma preocupação com a precisão terminológica, ou seja, com o significado do que se compreendia como “sistema”, o que não significa que não tivessem se preocupado em ordenar melhor as ideias, estruturando a apresentação de forma organizada, separando gênero de espécie, direito material do processual, como fez pioneiramente Tiberio Deciani na segunda metade dos anos 1500<sup>744</sup>.

Aliás, segundo registra Niklas Luhmann, somente a partir do ano 1600, que começa a surgir a conotação “moderna” do que se entende por “sistema”<sup>745</sup>. Esse período coincide com o surgimento das enciclopédias, a exemplo da enciclopédia de Alsted, de 1610, apresentada como sendo um “sistema *mnemonicum*”, aliado ao emprego da palavra na teologia<sup>746</sup>.

Em seguida, também guarda destaque o trabalho de Christian Thomasius, professor de filosofia em Leipzig e Halle<sup>747</sup>, em teses publicadas em 1701<sup>748</sup> (*De*

<sup>743</sup> PIFFERI, Michele. Ob. cit., p. 90. Tradução nossa. No original, em italiano: *Ridurre la dimensione penale entro un sistema significa, per Deciani e per gli altri giuristi del Cinquecento chiamati a ricoprire incarichi o funzioni pubbliche, ordinare un materiale eterogeneo e differenziato per poi poterlo meglio controllare ed utilizzare.*

<sup>744</sup> PIFFERI, Michele. Ob. cit., pp. 95 e ss..

<sup>745</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general.** Tradução para o espanhol de Silvia Pappe e Brunhilde Erker, Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 30.

<sup>746</sup> Conforme LOSANO, Mario G., Ob. cit., p. 45 e p. 60.

<sup>747</sup> Conforme ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal.** Tradução do alemão para o espanhol de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 563. A importância de Thomasius, também é referida por LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão. Tomo I.** Traduzido por José Higinio Duarte Pereira, Campinas: Russell Editores, 2003, p. 110 e 112, o que aponta Thomasius como professor de Halle.

<sup>748</sup> A data precisa oscila entre os autores que a referem. Zafaroni informa o ano 1704, já Von Liszt apresenta os anos de 1701 e 1712.

*crimine magioe*) e 1712 (*De origine et progressu processus inquisitorii contra sagas*<sup>749</sup>), nas quais criticava diretamente a “vacuidade pensante” do *Malleus Maleficarum*, para usar a precisa expressão empregada por Zaffaroni<sup>750</sup>.

Contemporâneo de Thomasius na mesma Universidade de Halle, e ainda preocupado com a questão divina, destaca-se a importância, para a visão sistemática, do professor Christian Wolff, como se verá a seguir.

Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>751</sup> indica ter sido com o pensamento filosófico de Christian Wolff, já em 1719, que a palavra “sistema” passou a ser adotada em sua visão moderna, ou seja, como “mais que um mero agregado de um esquema ordenado de verdades”, mas pressupondo “a correção e a perfeição formal da dedução”. Melhor será analisar o que o próprio Christian Wolff desenvolveu, como se passa a expor.

#### **Seção IV – A noção de sistema em Christian Wolff (1719) e Immanuel Kant (1781).**

*No domínio da razão não devem os nossos conhecimentos em geral formar uma rapsódia mas um sistema, e somente deste modo podem apoiar e fomentar os fins essenciais da razão. Assim, por sistema entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia.*

(IMMANUEL KANT)<sup>752</sup>

Não obstante o filósofo Christian Wolff, discípulo de Leibniz, seja pouco estudado nos dias atuais, sua obra teve importância significativa para o desenvolvimento do pensamento kantiano – e também para o surgimento da Psicologia<sup>753</sup> – e é, sem dúvida, um marco no desenvolvimento da ideia de sistema.

<sup>749</sup> THOMASIUS, Christian. *De crimina magiae. De origine et progressu processus inquisitorii contra sagas*, Ed. Rolf Lieberwirth, Verlag Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1967, in *Bibliotheca Augustana*, www.hs-augsburg.de, acesso em 31.03. 2009

<sup>750</sup> ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*, Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª ed., p. 515 e ss.

<sup>751</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Ob. cit., p. 11.

<sup>752</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução de Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2006, pp. 584.

<sup>753</sup> ARAÚJO, Saulo de Freitas. O Lugar de Christian Wolff na História da Psicologia. In: *Universitas Psychologica. Volume 2, nº 03*, Bogotá: 2012, pp. 1013-1024, disponível em file:///C:/Users/rrchemim/Downloads/1662-14113-1-PB.pdf, acesso em 23 de novembro de 2014.

Christian Wolff chegou à Universidade de Halle, em 1706, para lecionar Matemática e Ciências Naturais e lá se deparou com a predominância da filosofia do também Professor Christian Thomasius (acima referido), a quem não apreciava. Wolff, que começou lecionando matemática, para fazer um contraponto ao discurso de Christian Thomasius, acabou enveredando para outras disciplinas, em particular Física e Teologia. Ao lecionar Teologia, Wolff incutiu em seus alunos a necessidade de se buscar melhores definições e demonstrações, provocando receio nos teólogos de então, os quais, inclusive, passaram a persegui-lo<sup>754</sup>.

No que diz respeito ao pensamento sistêmico, Christian Wolff quando muito alcançou a noção de “ordem”, e não propriamente de “sistema”, dizendo:

*Quando se considera conjuntamente uma multiplicidade como um todo unitário e se encontra nela – de modo que se sucede simultânea e sucessivamente – alguma semelhança, então surge uma ordem, já que a ordem não é outra coisa senão a semelhança do múltiplo em seu suceder-se simultâneo e sucessivo.*

(...)

*Quando quero saber se algo está ou não em ordem, primeiro tenho que distinguir com exatidão todas as coisas que são distinguíveis naquilo que se contempla como um conjunto e que se considera como parte do todo. Em segundo lugar, tenho que comparar aquilo que – enquanto ocupe um lugar determinado – se distingue em cada uma destas partes. Assim se encontrará o que entre elas é idêntico. Se for encontrado algo idêntico em todas estas partes, terá lugar nelas uma semelhança e se terá descoberto assim, a ordem e, então, se poderá explicar aos demais, afirmar contra os que o põem em dúvida e defender contra toda a objeção.*<sup>755</sup>

<sup>754</sup> Conforme RUÍZ, Agustín Gonzáles. **Presentación**, in WOLFF, Christian. *Pensamientos racionales acerca de Dios, el mundo y el alma del hombre, así como sobre todas las cosas em general*, tradução para o espanhol de Agustín Gonzáles Ruiz, Madrid: Ediciones Akal, 2000, pp. 11 e ss..

<sup>755</sup> WOLFF, Christian. **Pensamientos racionales acerca de Dios, el mundo y el alma del hombre, así como sobre todas las cosas em general**, tradução para o espanhol de Agustín Gonzáles Ruiz, Madrid: Ediciones Akal, 2000, pp. 90 e ss. Tradução nossa. No original, em espanhol: *Cuando se considera conjuntamente una multiplicidad como un todo unitario y se encuentra en ella – en el modo en que se sucede simultánea y sucesivamente – alguna semejanza, entonces surge un orden, ya que el orden no es otra cosa que la semejanza de lo múltiple en sus sucederse simultáneo y sucesivo. (...) Cuando quiero saber si algo está o no en orden, tengo primero que distinguir con exactitud todas las cosas que son distinguibles en aquello que se contempla como un conjunto y que se considera como parte del todo. En segundo lugar tengo que comparar aquello que – en cuanto que ocupa un lugar determinado – se distingue en cada una de estas partes: así se hallará lo que en ellas es idêntico. Si se encontrara algo idêntico en todas estas partes, tendrá lugar en ellas una semejanza y se habrá descubierto así el orden, se lo podrá explicar a los demás, afirmar contra los que lo ponen en duda y defender contra toda objeción.*

Em outra obra de Christian Wolff também se observou o embrião de uma estrutura sistemática. Ele chegou a apresentar seu pensamento filosófico – fruto do racionalismo – como embasado nas seguintes premissas científicas:

- 1) *Devem ser utilizados somente termos definidos com precisão e princípios suficientemente provados.*
- 2) *Somente deverão ser aceitas proposições que derivem de princípios suficientemente demonstrados.*
- 3) *Devem definir-se (ou explicar-se) em definições prévias os termos contidos nas proposições subsequentes.*
- 4) *Deve ser determinada com precisão a condição sob a qual se atribui o predicado ao sujeito em cada proposição.*
- 5) *As demonstrações devem suscitar na memória os conhecimentos necessários para completá-las.*
- 6) *Devem ser ordenadas as proposições tal como se sucedem na mente de quem as demonstra.*
- 7) *Devem ser aceitas hipóteses somente na medida em que sirvam ao descobrimento de novas verdades.*<sup>756</sup>

Mesmo trabalhando com o conceito de “ordem”, ao invés de “sistema”, é notável a contribuição de Wolff para a discussão “organizada” das idéias naquela época e até mesmo para a base de um discurso científico, a ser aperfeiçoado com Kant.

Percebe-se, portanto, uma firme preocupação metodológica em Christian Wolff, sempre procurando construir o pensamento filosófico em termos científicos.

Nessa mesma linha, Wolff vai desenvolver ainda mais a ideia de razão pura, semeando o campo para a posterior crítica de Kant ao ceticismo empirista de David Hume. Disse Wolff:

*DE QUANDO É PURA A RAZÃO.*

*Quando se compreende a interconexão das coisas de tal modo que se podem conectar umas verdades com outras sem tomar proposição alguma da experiência, então a razão é pura; quando, ao contrário, se tomam como apoio proposições da experiência, então se mesclam entre si razão e experiência, e não compreendemos completamente a interconexão das*

---

<sup>756</sup> Segundo informa RUÍZ, Agustín Gonzáles. **Presentación**, in WOLFF, Christian. Ob. cit., p. 14, tradução nossa.

*verdades entre si. Assim, quando a partir da experiência chegamos a uma proposição, nos detemos e nossa razão não pode prosseguir.*<sup>757</sup>

Do que se percebe, então, o pensamento de Christian Wolff se constituiu no ponto de partida para a construção do discurso crítico kantiano, como se verá a seguir. Foi a base, portanto, da preocupação com a precisão científica dos conceitos e com a “harmonização” dos discursos empiristas e racionalistas, evidenciada em Kant. Em particular, contribuiu decisivamente para a precisão conceitual de “sistema”.

Immanuel Kant partiu, em grande medida<sup>758</sup>, da organização do pensamento científico desenvolvida por Christian Wolff. Aliás, em nenhum momento Kant escondeu a origem de seu modo de pensar o sistema e a “razão pura” e a admiração que nutria por Wolff, como ele mesmo admitiu:

*Na execução do plano traçado pela Crítica, isto é, no futuro sistema da Metafísica, devemos pois seguir um dia o método estrito do famoso Wolff, o maior de todos os filósofos dogmáticos. Este deu pela primeira vez o exemplo (e criou por seu meio o espírito de profundidade que ainda não se extinguiu na Alemanha) de como se deve, pelo estabelecimento regular de princípios, pela clara determinação dos conceitos, pelo procurado rigor nas demonstrações, pela prevenção de saltos temerários nas conclusões, tomar o caminho seguro de uma ciência.*<sup>759</sup>

Seguindo, portanto, a estrutura de pensamento de Christian Wolff, no que se refere ao conceito de sistema, Kant trouxe a informação de que todo sistema deve estar fundado num “princípio da unidade sistemática” ou “princípio unificador”, à luz do que ele denominou ser a “arquitetônica”, que consiste em unificar o conhecimento

---

<sup>757</sup> WOLFF, Christian. Ob. cit., p. 154. Tradução nossa. No original, em espanhol: 1) *Deben utilizarse sólo términos definidos con precisión y principios suficientemente probados.* 2) *Sólo han de aceptarse proposiciones que deriven de principios suficientemente demostrados.* 3) *Han de definirse (o explicarse) en definiciones previas los términos contenidos en las proposiciones subsiguientes.* 4) *Se ha de determinar con precisión la condición bajo la cual se atribuye el predicado al sujeto en cada proposición.* 5) *Las demostraciones han de suscitar en la memoria los conocimientos necesarios para completarlas.* 6) *Se han de ordenar las proposiciones tal como se suceden en la mente de quien las demuestra.* 7) *Han de aceptarse hipótesis sólo en la medida en que sirvan al descubrimiento de nuevas verdades.*

<sup>758</sup> Como já se destacou em capítulo anterior, várias foram as influências de Kant, desde Descartes, passando por Wolff, no plano racionalista e chegando a Bacon, Locke e, principalmente David Hume, no campo empirista. No que diz respeito ao conceito de sistema foi Christian Wolff o grande precursor.

<sup>759</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Valério Rohden, Coleção Os Pensadores. São Paulo: Ed. Abril, 1974, p. 19.

mediante uma ideia. Ao final de sua *Crítica da Razão Pura*, publicada em 1781, melhor esclareceu a questão da “arquitetônica” como a “arte dos sistemas”:

*Por arquitetura compreendo a arte dos sistemas. Como a unidade sistemática é o que converte o conhecimento vulgar em ciência, quer dizer, transforma um simples agregado desses conhecimentos em sistema, a arquitetura é, então, a doutrina do que há de científico no nosso conhecimento em geral e pertence, nesse seguimento, necessariamente, à metodologia.*

*No domínio da razão não devem os nossos conhecimentos em geral formar uma rapsódia mas um sistema, e somente deste modo podem apoiar e fomentar os fins essenciais da razão. Assim, por sistema entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia. Este é o conceito racional da forma de uma totalidade, na medida em que nela se determinam “a priori” tanto o âmbito da diversidade quanto o lugar respectivo das partes. Dessa forma, o conceito científico da razão contém o fim e a forma da totalidade que é correspondente a um tal fim. A unidade do fim a que se reportam todas as partes, ao mesmo tempo em que se reportam umas às outras na ideia desse fim, faz com que cada parte não possa faltar no conhecimento das restantes e que não possa ter lugar nenhuma adição acidental ou nenhuma grandeza indeterminada da perfeição, que não tenha seus limites determinados “a priori”. Portanto, totalidade é um sistema organizado – articulado – e não um conjunto desordenado (“coacervatio”). Pode crescer internamente (“per intussusceptionem”), mas não externamente (“per oppositionem”), assim como o corpo de um animal, cujo crescimento não acrescenta nenhum membro, mas, sem alterar a proporção, torna cada um deles mais forte e mais apropriado aos seus fins.*<sup>760</sup>

Em seu esforço para “harmonizar” o discurso racional com o empirismo de Locke e o ceticismo de Hume, Kant ainda reforçou a necessidade de o sistema ser identificado a partir de uma “ideia fundante”, não guardando a mesma estrutura quando o conjunto de regras é fruto de uma construção “apenas empírica”. Neste último caso, Kant considerava o conjunto de regras como se fosse apenas “uma unidade técnica”, mas não um “sistema”:

*A fim de se realizar, a ideia necessita de um esquema, quer dizer de uma pluralidade e de uma ordenação das partes que sejam essenciais e determinadas “a priori” segundo o princípio definido pelo seu fim. O esquema, não sendo esboçado consoante uma ideia, ou seja, a partir de*

---

<sup>760</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2006, pp. 584 e ss..

*um fim capital da razão, mas empiricamente segundo fins que se apresentam acidentalmente – cujo número não se pode saber antecipadamente –, dá uma unidade técnica. Todavia, aquele que surge apenas em consequência de uma ideia – onde a razão fornece os fins “a priori” e não os aguarda empiricamente – funda uma unidade arquitetônica.*<sup>761</sup>

Partindo dessa divisão conceitual clara (entre o que é sistema e o que é apenas uma “unidade técnica”), Kant avançou e concluiu que a ciência não pode surgir de forma acidental, apenas pautada pela experiência (“tecnicamente”), mas sim “arquiteticamente”, ou seja, deve ser fruto de uma ideia fundante, da “razão pura”, portanto, ou, para usar suas palavras:

*devido à afinidade das partes e à sua derivação de um único fim supremo e interno, que é aquilo que primeiro torna possível a totalidade. Seu esquema deve conter, em conformidade com a ideia, ou seja, “a priori”, o esboço – monograma – da totalidade e a divisão deste nos seus membros e distingui-lo de todos os outros com segurança e de acordo com princípios. Sem ter uma ideia por fundamento, ninguém tenta estabelecer uma ciência.*<sup>762</sup>

Ou, ainda, quando, diante da dificuldade das pessoas compreenderem o que estava querendo dizer na Crítica da Razão Pura, Kant procurou melhor explicar suas ideias nos “Prolegômenos”:

*Embora seja impossível uma totalidade absoluta da experiência, contudo a ideia de um todo do conhecimento, segundo princípios em geral, é a única coisa capaz de criar uma espécie particular de unidade, a saber, a de um sistema, sem a qual nosso conhecimento nada mais é que um fragmento inútil para o fim supremo (que sempre é o sistema de todos os fins); não entendo com isto somente o uso prático da razão, mas também o fim supremo do uso especulativo.*

*As idéias transcendentais expressam, portanto, a determinação própria da razão, a saber, como um princípio da unidade sistemática do uso do entendimento.*<sup>763</sup>

<sup>761</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Ob. cit., pp. 584 e 585.

<sup>762</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Ob. cit., p. 585.

<sup>763</sup> KANT, Immanuel. **Prolegômenos**. Ob. cit., p. 169.



Noutros trechos de suas obras, Kant voltou a se referir à necessidade do pensamento sistemático, como nesta passagem do “Manual dos Cursos de Lógica Geral”:

*De **wissen** (saber) provém **Wissenschaft** (ciência), que deve ser entendida como conjunto de um conhecimento como **sistema (system)**, em oposição ao conhecimento comum (**gemeinen Erkenntniss**), conjunto de um conhecimento como mero **agregado (Aggregate)**. O sistema que repousa sobre a Idéia de um todo que precede as partes é o oposto do conhecimento comum, mero agregado de conhecimentos cujas partes precedem o todo.*<sup>764</sup>

E ainda:

*É um projeto estranho e aparentemente absurdo querer redigir uma história (Geschichte) segundo uma idéia de como deveria ser o curso do mundo, se ele fosse adequado a certos fins racionais – tal propósito parece somente resultar num romance. Se, entretanto, se pode aceitar que a natureza, mesmo no jogo da liberdade humana, não procede sem um plano nem um propósito final, então esta idéia poderia bem tornar-se útil; e mesmo se somos míopes demais para penetrar o mecanismo secreto de sua disposição, esta idéia poderá nos servir como um fio condutor para expor, ao menos em linhas gerais, como um sistema, aquilo que de outro modo seria um agregado sem plano das ações humanas*<sup>765</sup>.

O que se vê, portanto, é que, para Kant, é a partir da aceitação de se estar inserido num “sistema” de regras (significantes) e do exato alcance de seus significados que se pode vir, então, alargar os horizontes e estabelecer critérios de exegese fundamentais, sem os quais as regras não devem passar de um “agregado” ilógico e desorientado (ou de regras veladamente mal orientadas, verdadeiras “falácias de acidente”, a que se refere Irving Copi<sup>766</sup>).

Ou, ainda, para usar novamente as palavras do próprio Kant, ao tratar da finalidade da natureza – antecipando a visão de Maturana e Varela – ao afirmar a

<sup>764</sup> KANT, Immanuel. **Manual dos Cursos de Lógica Geral**. Tradução de Fausto Castilho, 2 ed., Campinas, SP: Editora da Unicamp; Uberlândia: Edufu, 2003, p. 147.

<sup>765</sup> KANT, Immanuel. **Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita**. Org. Ricardo R. Terra. Tradução de Rodrigo Naves e Ricardo R. Terra. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 19 e 20.

<sup>766</sup> COPI, Irving M. **Introdução à Lógica**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1974, p. 82 e ss.

necessidade de todos os órgãos dos animais atingirem suas finalidades, pois, “se prescindirmos desse princípio, não teremos uma natureza regulada por leis, e sim um jogo sem finalidade da natureza e uma indeterminação desconsoladora toma o lugar do fio condutor da razão.”<sup>767</sup>

Tem-se, então, de forma precisa, o pensamento kantiano a respeito de sistema, estabelecendo que ele parte de uma ideia fundante e se orienta por princípios unificadores, sem o que o conjunto de regras é assistemático. Além disso, faz-se necessário ser o sistema construído *a priori*, a partir da referida ideia fundante e, não, *a posteriori*, pela mera constatação empírica ou pela reunião selecionada de fatos concretos.

Essa visão conceitual, como se poderá ver adiante, permanece, ainda hoje, como inatacável.

## **Seção V – Variações classificatórias dos sistemas pós-Kant: da “Teoria Geral dos Sistemas” de Ludwig Von Bertalanffy (1920 a 1970) aos sistemas autopoieticos de Maturana e Varela (1985) e Niklas Luhmann (1984).**

*O problema mais sério vai aparecer quando Luhmann, a partir de suas ideias, vai indicar o Poder Judiciário como “a única unidade que opera apenas com elementos do próprio sistema jurídico” (...)*

*Parece não ser viável (...) não levar em consideração a penetração, queira-se ou não, de elementos inconscientes, completamente arredios ao sistema, no ato decisional da jurisdição...*

(JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO)<sup>768</sup>

Depois de Kant, dos pensadores que se debruçaram sobre a questão dos sistemas, procurando estudar e classificar essa noção, destaca-se o austríaco Ludwig

<sup>767</sup> KANT, Immanuel. **Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita**, p. 05.

<sup>768</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal*. In: **Direito e Neoliberalismo. Elementos para uma Leitura Interdisciplinar**. Ob. cit., pp. 52-53.

Von Bertalanffy e sua “Teoria Geral dos Sistemas”<sup>769</sup>, pensada a partir de 1920, fruto de seus questionamentos no campo da biologia, desenvolvida, em grande parte, nas décadas de 50 e 60 do século XX e apresentada em forma de livro em 1967<sup>770</sup>. Já, de início, chama atenção sua importante observação de que a “ideia de sistema conserva seu valor mesmo quando não pode ser formulada matematicamente ou permanece uma “ideia diretriz” mais do que uma construção matemática”<sup>771</sup>.

Bertalanffy considera que existem “leis gerais dos sistemas que se aplicam a qualquer sistema de certo tipo, independentemente das propriedades particulares do sistema e dos elementos em questão”<sup>772</sup> e define “sistema” de forma significativamente genérica, ou seja, como “conjunto de elementos em interação”<sup>773</sup>. Ao que se infere, Bertalanffy está mais preocupado em construir uma teoria geral – e levar os méritos históricos por isso<sup>774</sup> – do que propriamente em identificar um conceito preciso. Nessa linha, ele elenca os principais propósitos da sua “teoria geral dos sistemas”:

- 1) *Há uma tendência geral no sentido da integração nas várias ciências, naturais e sociais.*
- 2) *Esta integração parece centralizar-se em uma teoria geral dos sistemas.*
- 3) *Esta teoria pode ser um importante meio para alcançar uma teoria exata nos campos não físicos da ciência.*
- 4) *Desenvolvendo princípios unificadores que atravessam “verticalmente” o universo das ciências individuais, esta teoria aproxima-nos da meta da unidade da ciência.*
- 5) *Isto pode conduzir à integração muito necessária na educação científica.*<sup>775</sup>

Interessa salientar, desde já, o quarto propósito acima enumerado, ou seja, o desenvolvimento de “princípios unificadores que atravessam verticalmente o universo das ciências individuais”. Aqui fica evidenciada a influência kantiana na construção da teoria geral, justamente pela identificação do “princípio unificador”.

<sup>769</sup>BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas. Fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. Tradução de Francisco M. Guimarães, 3 ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

<sup>770</sup>BERTALANFFY, Ludwig Von. Ob. cit., p. 31.

<sup>771</sup>BERTALANFFY, Ludwig Von. Ob. cit., p. 47.

<sup>772</sup>BERTALANFFY, Ludwig Von. Ob. cit., p. 62.

<sup>773</sup>BERTALANFFY, Ludwig Von. Ob. cit., p. 84.

<sup>774</sup>O próprio Bertalanffy alerta o leitor de sua obra para seu exagerado egocentrismo na exposição do tema, revelando ao longo do texto uma preocupação com a paternidade do discurso.

<sup>775</sup>BERTALANFFY, Ludwig Von. Ob. cit., p. 63.

O fato é que Bertalanffy vai além de uma visão estrutural de sistema, como fez Kant, para trabalhar com uma classificação dos sistemas, vindo a servir de base para a construção de outras teorias que procuram focar os sistemas em relação às suas funções e, não, especificamente quanto à questão conceitual.

Assim, na teoria geral apresentada por Bertalanffy, os sistemas podem ser abertos ou fechados<sup>776</sup>. Para ele os sistemas denominados como “fechados” são aqueles que estão “isolados de seu ambiente”, ou seja, que se não comunicam com outros campos do conhecimento. Bertalanffy dá como exemplo de sistema fechado a física convencional. Já os sistemas abertos “mantêm-se em um contínuo fluxo de entrada e saída”, apresentando os organismos vivos como exemplos marcantes de sistemas abertos. Bertalanffy também esclarece que “em qualquer sistema fechado o estado final é inequivocamente determinado pelas condições iniciais”, levando em conta que “se as condições iniciais ou o processo forem alterados o estado final também será modificado”. Já no sistema aberto, “o mesmo estado final pode ser alcançado partindo de diferentes condições iniciais e por diferentes maneiras”<sup>777</sup>.

Essa dicotomia “sistema aberto-sistema fechado” será explorada por diversos outros pensadores modernos da ideia de sistema, inclusive no campo do Direito, como se verá em Claus-Wilhelm Canaris, na mesma década de 60, do século XX.

Saindo da esfera da biologia, Claus-Wilhelm Canaris publica em 1968 sua primeira edição, em alemão, do “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”<sup>778</sup>. Trata-se, por evidente, de importante abordagem da questão dos sistemas sob a ótica do Direito.

Canaris esclarece sobre a necessidade de se ter claros “dois pontos: em primeiro lugar, o do conceito geral ou filosófico de sistema e, em segundo, o da tarefa particular que ele pode desempenhar na Ciência do Direito”<sup>779</sup>.

Dito isto, Canaris externa, desde o início de sua obra, a preferência pela definição de sistema dada por Kant, ao afirmar ser “ainda determinante a definição clássica de Kant, que caracterizou o sistema como ‘a unidade, sob uma ideia, de

---

<sup>776</sup> BERTALANFFY, Ludwig Von. Ob. cit., p. 64 e ss..

<sup>777</sup> BERTALANFFY, Ludwig Von. Ob. cit., p. 65.

<sup>778</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro, 2 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

<sup>779</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm, Ob. cit., p. 10.

conhecimentos variados' ou, também, como 'um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios',<sup>780</sup>.

Admitido, pois, o conceito kantiano, Canaris passa a explorar a questão do papel deste conceito, concluindo ser ele o de "traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica"<sup>781</sup>.

Em seguida, Canaris volta a afastar os demais possíveis conceitos, ao levar em conta que "ao atribuir-se ao conceito de sistema jurídico as tarefas acima caracterizadas, afastam-se, de antemão, da multitude dos conceitos desenvolvidos até hoje, todos aqueles que não estejam aptos a desenvolver a adequação interna e a unidade de uma ordem jurídica."<sup>782</sup>

Assim, Canaris entende não poder ser a questão central da definição dos sistemas resolvida pelo chamado "sistema externo"<sup>783</sup> dado por Heck, o qual não visa "descobrir a unidade de sentido interior do Direito"; pelo "sistema de puros conceitos fundamentais"<sup>784</sup> dado por Stammler, Kelsen e Nawiasky, o qual aborda apenas "categorias puramente formais, que subjazem a 'qualquer' ordem jurídica 'imaginável', ao passo que a unidade valorativa é sempre de tipo 'material' e só pode realizar-se numa ordem jurídica 'historicamente determinada'"; pelo "sistema lógico-formal"<sup>785</sup>, do qual se destacam os pensamentos de Max Weber e de Wundt, que trata o sistema apenas como lógico e não como de tipo valorativo ou axiológico; pelo "sistema como conexão de problemas"<sup>786</sup>, de Max Salomon ou mesmo de Fritz Von Hippel, que trata o Direito como "um somatório de problemas", quando, em verdade, o Direito é "um somatório de soluções de problemas", além de não apresentar uma unidade indispensável para a conexão interna<sup>787</sup>; pelo "sistema como relações da vida"<sup>788</sup>, que em verdade trata apenas do objeto do Direito; e nem, tampouco, pelo "sistema de decisões de conflitos"<sup>789</sup> de Heck e de sua "jurisprudência dos interesses"<sup>790</sup>, os quais

<sup>780</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., p. 11.

<sup>781</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., p. 23.

<sup>782</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., p. 25.

<sup>783</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., p. 26.

<sup>784</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., p. 27.

<sup>785</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., p. 28.

<sup>786</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., p. 45.

<sup>787</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., pp. 46 e ss..

<sup>788</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., p. 53.

<sup>789</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., pp. 55 e ss..

também partem da dicotomia de “sistema interno” e “sistema externo” e são “muito pouco adequados para exprimir a unidade interior e a adequação da ordem jurídica”<sup>791</sup>.

Desta preocupação pode-se inferir ser o ponto central para Canaris a identificação do sistema como tal, isto é, como adequadamente estruturado e orientado por princípios unificadores. Nesse momento de sua obra, a questão de uma possível abertura do sistema, fica em segundo plano.

Canaris, então, volta a trabalhar com o sistema “como ordem teleológica” e “como ordem de princípios gerais do Direito”<sup>792</sup>. Ou seja, para ele “a característica principal da ideia da unidade” é a “recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos”. E mais adiante considera:

*Não se pode determinar, de antemão, quando deva um princípio valer como ‘geral’; também aqui se trata de um critério inteiramente relativo. Para o conjunto da nossa ordem jurídica, não se poderiam considerar todos os princípios como ‘portadores de unidade’ e, com isso como sistematizadores..*<sup>793</sup>

E finaliza, dizendo:

*Assim, modifica-se a ‘generalidade’ dum princípio com a perspectiva do ponto de vista; finalmente, é sempre decisiva a questão de quais os princípios que se devem considerar constitutivos para a unidade interior do âmbito parcial em causa, de tal modo que a ordem dele seria modificada, no seu conteúdo essencial, através de uma alteração num desses princípios.*<sup>794</sup>

O que se percebe, então, é ser cabível, para Canaris, a presença de mais de um princípio, ou seja, a presença de “princípios constitutivos portadores de unidade”. Nesta medida, para evitar a confusão dos institutos, ainda que Canaris tenha compreendido que não é possível partir de uma espécie de “grau zero de sentido” dado apenas pela

---

<sup>790</sup> A respeito da jurisprudência dos interesses vide, dentre outros: LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito. Volume 2. O Século XX**. Tradução de Luca Lamberti, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 164 e ss.

<sup>791</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., p. 63.

<sup>792</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., p. 76.

<sup>793</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., p. 79.

<sup>794</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., pp. 79 e 80.

lei e sim de “apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante”<sup>795</sup>, comete o equívoco de sugerir o retorno aos “princípios gerais do direito”<sup>796</sup>. Na essência, portanto, Canaris não se afasta de Kant (assim como Kant, Canaris insiste sempre na ideia fundante como característica essencial do sistema), apenas tenta aperfeiçoar seu discurso, já que também trabalha teleologicamente e na presença de princípios constitutivos portadores de unidade, no plural, ainda que equivocadamente<sup>797</sup> sustente essa ideia nos chamados princípios gerais do direito.

Canaris também dá destaque para a questão dos sistemas abertos, analisando-os sob a ótica de um “sistema científico” e de um “sistema objetivo” (“isto é, na própria unidade da ordem jurídica”)<sup>798</sup>. Em relação ao “sistema científico”, esclarece que sua abertura representaria uma “incompletez e a provisoriedade do conhecimento científico”; já em relação ao “sistema objetivo” a abertura é vista como a “modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica”, ou seja, é aberto porque pode ser alterada a legislação e, sendo dinâmico, assume a “estrutura da historicidade”<sup>799</sup>.

Do que interessa para a questão sistemática, Canaris conclui com a abordagem prática da noção de sistema, merecendo destaque a opção pela “interpretação sistemática” como forma de eliminar possíveis “quebras do sistema” ou lacunas no sistema<sup>800</sup>.

A interpretação sistemática no campo do Direito ainda vai sofrer novas influências, tanto da sociologia, quanto da biologia.

No campo da Sociologia o norte-americano Talcott Parsons apresenta sua concepção sistemática na obra intitulada “O Sistema das Sociedades Modernas”<sup>801</sup>, publicada em 1971, na qual trabalha com o discurso funcionalista dos sistemas.

Parsons considera desempenharem os “sistemas de ação” quatro funções primárias, quais sejam: a manutenção de padrão, a integração, a realização de um

<sup>795</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., p. 77.

<sup>796</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., p. 85.

<sup>797</sup> O equívoco, aqui, pode ser bem compreendido em STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Ob. cit., pp. 40 e ss..

<sup>798</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., pp. 106 e ss.

<sup>799</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., pp. 107 e 108.

<sup>800</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Ob. cit., pp. 208 e ss..

<sup>801</sup> PARSONS, Talcott. **O Sistema das Sociedades Modernas**. Tradução de Dante Moreira Leite, São Paulo: Pioneira, 1974.

objetivo e a adaptação<sup>802</sup>. Mais adiante, ao trabalhar com a visão de sistema aberto, refere à possibilidade de ocorrerem “zonas de interpenetração” provocando “processos de intercâmbio entre os sistemas”<sup>803</sup>.

Desta forma, Talcott Parsons estabelece serem os sistemas sociais aqueles que buscam um objetivo, acabam mantendo padrões pré-estabelecidos, adaptam-se ao local onde se verificam e impedem que sejam destruídos, mantendo sua integração. Na essência, como visto, não se afasta da visão kantiana de sistema, pois continua admitindo uma ideia fundante (“busca de um objetivo”) e orientação por princípios unificadores (aqui chamados de “manutenção de padrões pré-estabelecidos”). De qualquer forma, como destacado acima, Parsons considera os sistemas sociais como “sistemas abertos”, emprestando, aqui, a terminologia cunhada por Bertalanffy e passa a trabalhar na construção teórica das sociedades modernas.

Ou seja, o que se percebe é que Parsons também trabalha a partir da visão kantiana, com especial preocupação com as funções dos sistemas, mantendo a opção conclusiva pela ideia de sistemas abertos, admitida por Bertalanffy.

Nessa medida, Parsons dá início ao discurso funcionalista que será igualmente explorado no campo da Biologia por Maturana e Varela e, também, no campo da Sociologia, por Niklas Luhmann<sup>804</sup>. Assim, mais uma vez a Biologia apresenta seus importantes discursos de construção sistemática. Depois de Bertalanffy é a vez dos chilenos Maturana e Varela (professor e discípulo) virem a dar vazão, já na década de 1980 (a primeira edição – não comercial – é de 1985<sup>805</sup>), a uma apresentação conceitual de sistema.

Os autores desenvolvem seu raciocínio partindo do pressuposto que em Gadamer, baseado em Adolf Portmann, já era indicado, isto é, que “a auto-representação é um aspecto ontológico universal da natureza” e que “sabemos hoje que as concepções teleológicas da biologia não são suficientes para tornar

<sup>802</sup> PARSONS, Talcott. Ob. cit, p. 15.

<sup>803</sup> PARSONS, Talcott. Ob. cit, p. 17.

<sup>804</sup> LUHMANN, Niklas. *Teoria de la sociedad*. Tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, Guadalajara, México, 1992, p. 30.

<sup>805</sup> MARIOTTI, Humberto. Prefácio. In: MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. *A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin, São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 13.



compreensível a estruturação do ser vivo”<sup>806</sup>. Assim, na busca da definição dos seres vivos, Maturana e Varela passam a trabalhar com o conceito de “organização autopoietica”<sup>807</sup>, ou seja, a capacidade dos seres vivos de “produzirem de modo contínuo a si próprios”. Portanto, para usar as palavras de Maturana e Varela, “o mecanismo que faz dos seres vivos sistemas autônomos, é a autopoiese, que os caracteriza como tal”<sup>808</sup>. Desta forma, Maturana e Varela, ao admitirem a impossibilidade de “fornecer uma lista que caracterize o ser vivo”, optam em “propor um sistema que, ao funcionar, gere toda a sua fenomenologia”<sup>809</sup>. Para eles, a função autopoietica é que caracterizaria o sistema.

A partir desta concepção, Maturana e Varela ampliam sua conclusão ao refletir sobre “o fato de que os seres vivos têm uma organização não é exclusivo deles, mas sim comum a todas as coisas que podem ser investigadas como sistemas”<sup>810</sup>.

O interessante é destacar, como fazem Maturana e Varela:

*o aparecimento de unidades autopoieticas sobre a superfície da Terra delimita um marco na história do nosso sistema solar. É preciso que isso seja bem compreendido. A formação de uma unidade determina sempre uma série de fenômenos associados às características que a definem*<sup>811</sup>.

A sugestão de novo paradigma para a questão dos sistemas biológicos, pautado pela visão de autopoiese, virá a servir de base para uma revisitação da questão funcional dos sistemas, operada no campo da Sociologia por Niklas Luhmann.

Valendo-se da visão autopoietica de Maturana e Varela<sup>812</sup>, Niklas Luhmann vai desenvolver um conceito de “sistema social” para analisar as “organizações” como

---

<sup>806</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 162.

<sup>807</sup> MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin, São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 52.

<sup>808</sup> MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J., Ob. cit., p. 56.

<sup>809</sup> MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J., Ob. cit., p. 56.

<sup>810</sup> MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J., Ob. cit., pp. 56 e 57.

<sup>811</sup> MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J., Ob. cit., p. 59.

<sup>812</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría de la sociedad**. Tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, Guadalajara, México, 1992, p. 39.

sistemas complexos, compostos essencialmente de decisões geradoras de seus próprios elementos, representados por novas decisões.

Luhmann não ignora a dificuldade conceitual a respeito do que se entenda por “sistema” e, já no início de sua exposição do tema, argumenta ser possível, “em geral”, “falar de sistema quando se tem diante dos olhos características tais que, se forem suprimidas, poriam em xeque o caráter de objeto de tal sistema”<sup>813</sup>.

Mesmo assim, Luhmann procede à análise a respeito do conceito de “organização”, baseado também na Teoria Geral dos Sistemas de Bertalanffy<sup>814</sup>. Enfim, ele culmina por diferenciar “sistema” de “entorno” (ambiente), dizendo:

*Tanto as condições de utilização, como também a eleição dentro do âmbito das decisões utilizáveis, são influenciadas por decisões organizacionais e resultam diferentes de acordo com a forma e história organizacionais. A organização compensa, assim, um déficit lógico de racionalidade nas decisões que são, em último termo, reduzidas à diferença entre sistema e entorno.*<sup>815</sup>

Assim, Luhmann esclarece que “sistema e entorno, enquanto constituem as duas partes de uma forma, podem sem dúvida existir separadamente, porém não podem existir, respectivamente, um sem o outro.”<sup>816</sup>

Luhmann ainda analisa o sistema complexo, esclarecendo que “se pode caracterizar um sistema como complexo, quando ele é tão grande, quer dizer, quando inclui tantos elementos, que já se não pode combinar cada elemento com cada um dos outros, e assim as relações devem produzir-se seletivamente”<sup>817</sup>.

Nessa linha de pensamento, Luhmann busca outra visão de sistema passível de ser aplicada para a definição de “Sistema Social”, dada a natural complexidade representada nas sociedades. Percebe-se, portanto, a necessidade de fugir do

---

<sup>813</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general**. Tradução para o espanhol de Silvia Pappé e Brunhilde Erker, Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, pp. 27 e 28. Tradução nossa.

<sup>814</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general**. p. 31.

<sup>815</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Tradução para o espanhol de Dario Rodriguez Mansilla, Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, pp. 06 e 07, tradução nossa.

<sup>816</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría de la sociedad**. p. 37.

<sup>817</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**, p. 14.

convencional conceito de “sistema” para identificar um conceito capaz de lidar com a “complexidade organizada”<sup>818</sup>. Consoante tal pensamento, e justamente por conta de sua complexidade, a sociedade vem precisar, cada vez mais, de subsistemas, a exemplo do Direito.

Desta forma, Luhmann também considera o chamado “sistema jurídico” como integrante (como parte da engrenagem) do “sistema social”. O direito atua como uma estrutura social, ou nas palavras de Leonel Severo Rocha:

*O direito, para Luhmann, embora visto como uma estrutura, é dinâmico devido à permanente evolução provocada pela sua necessidade de constantemente agir como uma das estruturas sociais redutoras da complexidade das possibilidades do ser no mundo.*<sup>819</sup>

Essa interessante visão de sistema veio a servir, inclusive e como destacado no início, de base para novos discursos funcionais no Direito Penal, particularmente com Jakobs<sup>820</sup> (que adota uma visão de sistema fechado, autopoietico) e Roxin<sup>821</sup> (que prefere um sistema aberto, comunicante com a política criminal)<sup>822</sup>. No âmbito do processo penal, vale o alerta feito por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, destacado no início desta Seção, no sentido de que o sistema fechado e autopoietico de Luhmann, desconsidera que o quanto se possa obter de dados externos ao sistema fechado do Poder Judiciário, notadamente a partir da Psicanálise, como se verá mais adiante.

Faz-se necessário, agora, ver como a questão dos sistemas está posta de forma confusa na doutrina de processo penal, a qual, em grande parte, trata dos sistemas sem considerar exatamente sua precisão conceitual e preferencial kantiana, como se passa a expor.

<sup>818</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoria de la sociedad**. p. 31.

<sup>819</sup> ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano e CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 32.

<sup>820</sup> JAKOBS, Günter. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari; colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: RT, 2003.

<sup>821</sup> ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>822</sup> Sobre o tema vide, dentre outros, BUSATO, Paulo Cesar. Ob. cit., pp. 242 e ss.

## **Capítulo II – A construção da dicotomia dos sistemas processuais penais com pretensões de pureza científica em acusatório versus inquisitório.**

*Dicotomias fornecem somente duas fatias dimensionais da realidade: elas nos dão o preto e o branco e – dependendo do grau de refinamento – inumeráveis tons de cinza... Mas elas não nos dão os vermelhos, os verdes e os azuis.*

(INGA MARKOVITS)<sup>823</sup>

Compreendido que a adoção da palavra “sistema” tenha passado por ampla ressignificação ao longo dos séculos e somente a partir da concepção racional kantiana ela tenha tomado precisão conceitual ainda não superada, encaminha-se agora a apresentação dos equívocos de compreensão histórica na construção da dicotomia dos sistemas processuais penais em modelos ideais, “puros” e antagônicos, notadamente a partir da doutrina do século XIX, cuja análise repercute ainda hoje, particularmente na doutrina moderna.

Vale, no entanto, desde já considerar que não obstante tenha havido essa divisão doutrinária nos oitocentos, voltada à obtenção de uma “pureza” científica própria do positivismo daquele tempo, como se explorará ao longo deste Capítulo, hoje em dia há ampla divergência de compreensão doutrinária a respeito de qual seja o princípio unificador dos sistemas processuais lido à luz da dicotomia acusatório *versus* inquisitório. A situação, então, é um tanto paradoxal e em ambas as formas de trabalhar a dicotomia, elas podem se revelar como mecânicas de manipulação discursiva.

Com efeito, de um lado a construção dos sistemas em suas formas aparentemente “puras” conduz à possibilidade de manipulação do discurso ao sabor do intérprete para considerar uma ou outra regra como inerente a este ou aquele sistema, pois na prática nunca existiu nenhum sistema “acusatório” ou “inquisitório”

---

<sup>823</sup> MARKOVITS, Inga. *Playing the Opposites Game: On Mirjan Damaska's 'The Face of Justice and State Authority'*. In: **Stanford Law Review**, vol. 41, nº 5, 1989, pp. 1313-1341. Tradução nossa. No original, em inglês: “Dichotomies provide only two-dimensional slices through reality: they gave us black and white and – depending upon their degree of refinement – innumerable shades of grey... But they do not give us the reds and greens and blues.”

efetivamente “puro”. De outro lado, levando em conta que a ampla maioria da doutrina trabalha com a divisão dos sistemas em acusatório e inquisitório, surgiram muitos e diferentes critérios definidores de um e de outro sistema e, também por isso, acaba sendo fácil manipular os discursos para dizer que tal regra seria inquisitória quando não se deseja seu emprego ou acusatória quando se entenda necessária sua manutenção. Por exemplo: o Ministério Público poder investigar em procedimento próprio pode ser lido como inerente ao sistema inquisitório, pois além do Ministério Público ter surgido no contexto histórico da elaboração do sistema inquisitório, permitir que ele conduza a investigação representaria a junção das funções de investigar e acusar na mesma pessoa e, assim, violaria sua imparcialidade, desequilibrando a paridade de armas entre as partes no processo; mas também pode ser lido como inerente ao sistema acusatório, pois sua presença como parte autora separa as funções de acusar e julgar que é o que de fato caracteriza o sistema acusatório, além de reforçar a ideia acusatória na gestão da prova pelas partes (até porque, se no sistema acusatório o ônus da prova é todo da acusação, nada mais “acusatório” do que permitir à parte, gestora dessa prova e com o dever de provar o crime, que vá em busca das provas que necessita para formar sua *opinio delicti* e poder decidir pela acusação, sustentando sua pretensão condenatória no curso do processo). Assim, conforme se queira, politicamente, admitir a investigação pelo Ministério Público ou se queira impedi-lo de assim agir, se sustenta que tal possibilidade seria “acusatória” ou “inquisitória”.

Ainda que se reconheça a disparidade de tratamento, há que se considerar que a dicotomia dos sistemas em “acusatório *versus* inquisitório” tem servido ao longo dos últimos vinte e sete anos para reforçar a necessidade de se dar efetividade aos direitos e garantias dos cidadãos previstos na Constituição da República de 1988. Assim, o anseio de orientar o novo Código de Processo Penal brasileiro a partir de um sistema acusatório é medida que pode ser mantida, sem olvidar, no entanto, que essa disparidade doutrinária revela a necessidade de bem delimitar no novo Código de Processo Penal o que se compreenda por “sistema acusatório”.

No presente Capítulo, então, procura-se evidenciar toda essa complexidade e esse paradoxo provocado pelas construções teóricas fortemente influenciadas pela doutrina de processo penal do século XIX.

Com este propósito, parte-se, preliminarmente, para o esclarecimento que a melhor definição de “sistema” para o estudo do processo penal ainda é aquela kantiana. E, no mesmo contexto da necessidade de precisar sua definição preferencial, surge também a necessidade de se manter apegado à ideia de sistema no estudo do processo penal, evidenciando a importância que essa vinculação tem para as garantias do cidadão, como se passa a expor.

### **Seção I – O conceito preferencial de “sistema” e sua importância para o processo penal.**

*Um sistema não é uma cabeça; um móvel não é gente. Todos os processos e todos os aparelhos resultarão elementos inúteis de organização se as cabeças dos indivíduos que os empregam não estiverem organizadas também. E essas cabeças estarão organizadas se estiver organizada devidamente a mesma parte do corpo do chefe que os dirige. Assim como se podem escrever asneiras com uma máquina de escrever do último modelo, se podem fazer disparates com os sistemas e os aparelhos mais perfeitos para ajudar a não fazê-los. Sistemas, processos, móveis, máquinas, aparelhos são – como todas as coisas mecânicas e materiais – elementos puramente auxiliares. O verdadeiro processo é pensar; a máquina fundamental é a inteligência. (FERNANDO PESSOA)<sup>824</sup>*

Para que se possa melhor visualizar tanto a disparidade doutrinária, quanto a dificuldade que irá decorrer na exegese das regras processuais penais, caso prevaleça a premissa do Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal brasileiro, não se pode perder de mira, como já destacado, que vários autores que escrevem sobre processo penal se não dão muito ao trabalho de conceituar “sistema”, até porque a

<sup>824</sup> PESSOA, Fernando. **Páginas de Pensamento Político. Vol II.** (Introdução, organização e notas de Antônio Quadros.) Mem Martins: Europa-América, 1986, p. 120.

palavra foi empregada ao longo de boa parte da história (como visto, desde Aristóteles até Kant) com significativa ausência de rigor semântico.

Em síntese, a partir do exposto no Capítulo precedente, é possível dizer ser a definição kantiana de “sistema” a melhor conceituação até hoje elaborada. E nem se diga que Kant possa estar ultrapassado nesse aspecto, pois, como lembra Jacinto Coutinho, Kant somente “seria ultrapassado se se tivesse algo para colocar no lugar dele (pensando como a base do fundamento do fundamento jurídico): mas não há! Seria o mesmo que dizer que Copérnico [1473-1543] é velho, ou melhor, ultrapassado... porque é do Século XV-XVI”<sup>825</sup>. E, como destacado ao longo do referido capítulo, seguindo a estrutura de pensamento de Christian Wolff<sup>826</sup>, no que se refere ao conceito de sistema, Kant apresentou o entendimento de que todo sistema deve partir de uma “ideia fundante” e estar orientado por um “princípio da unidade sistemática” ou “princípio unificador”, à luz do que ele denominou ser a “arquitetônica”<sup>827</sup>, que consiste justamente em unificar o conhecimento mediante essa referida ideia fundante.

O que se tem, portanto – não é demais reprisar – é que, para Kant, é a partir da aceitação de se estar inserido num “sistema” de regras (significantes) e do exato alcance de seus significados que se pode vir, então, alargar os horizontes e estabelecer critérios fundamentais de hermenêutica, sem os quais as regras não devem passar de um “agregado” ilógico e desorientado.

Compreendido, portanto, que “sistema” pressupõe a identificação de uma ideia fundante orientadora da exegese do conjunto de regras que o compõe, verificam-se na doutrina nacional e estrangeira os critérios usados para localizar os princípios unificadores e demonstrativos sobre a disparidade existente entre os dois sistemas processuais penais construídos doutrinariamente: o acusatório e o inquisitório.

Essa tarefa revela que a maioria dos doutrinadores não se ampara no conceito kantiano de sistema, na medida em que constroem os denominados “sistemas acusatório e inquisitório” *a posteriori*, isto é, com os olhos de hoje voltados ao passado, e selecionadas regras esparsas, agrupadas arbitrariamente em pretensos modelos

---

<sup>825</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Os Sistemas Processuais Agonizam?** Conferência proferida no Seminário Direito Penal e Processo Penal: entre a Prática e a Ciência. Evento comemorativo aos 30 anos do Curso Prof. Luiz Carlos, Curitiba, 29 de novembro de 2013.

<sup>826</sup> WOLFF, Christian. Ob. cit., pp. 90 e ss.

<sup>827</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Ob. cit., pp. 584 e ss..

ideais. Assim, justamente por se não ter a precisa compreensão dos diversos modelos antigos de processo penal, esses mesmos doutrinadores não conseguem atingir o consenso quanto aos princípios unificadores dos “sistemas” que procuraram selecionar, conforme se explicará.

De todas essas variadas utilizações da ideia de sistema, no entanto, volta-se aqui, mais uma vez, para o seu plano conceitual, a fim de dar preferência ao conceito filosófico kantiano de sistema, o qual, como visto, continua sendo o paradigma de todo e qualquer discurso a se desenvolver na matéria e a ser entendido como mais preciso, além de ser o que melhor serve de base para a análise histórico-jurídica dos regramentos processuais penais do passado e do presente.

É claro que toda visão reducionista pode implicar em alguma dificuldade de enxergar além de sua própria redução, mas, para o ponto de partida de orientação do conjunto de regras, entende-se que não há como escapar dela.

Aliás, aqui, a redução conceitual é fundamental e, ainda que se possam identificar características outras a complementar os sistemas, e mesmo que se autorreproduzam para emprestar a preocupação de Luhmann, impende-se orientar o pensamento por uma linha mestra sólida e irrenunciável.

Portanto, a noção de “sistema” deve ser compreendida a partir da existência de uma ideia fundante e do referido “princípio unificador”.

Mas a importância de se pensar o processo penal a partir da ideia de sistemas não se esgota na questão conceitual, por óbvio, sendo necessário avaliar qual seria o sentido em se insistir nessa vinculação sistemática. A resposta é dada a partir da explicação oferecida por Dirk Baecker ao considerar que a ideia de se trabalhar com uma “teoria de sistema” surge com força na modernidade para favorecer as formas de controlar e supervisionar a sociedade<sup>828</sup>. “Todo controle é um ato de comunicação”, explica Baecker, “e somente pode ter êxito na medida em que a comunicação tenha êxito”<sup>829</sup>. Ao se estabelecer que a comunicação só é válida nos limites do sistema, uma determinada agência de poder também estabelece um dos mecanismos de

---

<sup>828</sup> BAECKER, Dirk. *¿Por qué una Teoría de Sistemas?* In: **Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidad de Aplicación**. (Carlos Gómez-Jara Díez, editor), Lima: ARA Editores, 2007, pp. 23-41, p. 23.

<sup>829</sup> BAECKER, Dirk. Ob. cit., p. 24. Tradução nossa. No original, em espanhol: *Todo control es un acto de comunicación y solo puede tener éxito en la medida en que la comunicación tiene éxito*.



manutenção de seu poder. Quem quiser discutir a legitimidade do poder fora dos limites está fadado a ser desconsiderado, pois estará violando o sistema. Porém, ainda que a teoria dos sistemas seja estruturada nesse sentido “negativo” de favorecer o poder, pode-se ler a mesma ideia em seu sentido inverso, isto é, de que essa teoria serve igualmente para controlar esse mesmo poder, limitando-o e controlando-o na medida inversamente proporcional à sua pretensão de controle social, notadamente a partir das transformações dos modelos de Estado pelas quais se passou desde a Revolução Francesa. De um Estado liberal ao Estado Social e, principalmente, ao Estado Democrático de Direito ocorreram relevantes mudanças na forma de se compreender e limitar o exercício do poder. Sobre esta transformação dos modelos de Estado se retomará mais adiante, no próximo Capítulo, de forma mais detalhada e, por ora, basta compreender que a utilização de uma teoria de sistemas acompanha esse movimento transformador, sem descurar de sua característica e função dominantes de servir de instrumento de controle, seja de controle social, seja de limitação do controle de Estado.

De fato, partindo do conceito kantiano, e se valendo do quanto explica Dirk Baecker, ao se construir a ideia de sistema se promovem seleções de possibilidades de comunicação orientadas por uma ideia fundante e pelo princípio unificador que delimita o seu entorno. Fora das possibilidades de comunicação selecionadas inexistem condições de comunicabilidade. Se é assim que opera o sistema, ao mesmo tempo em que o detentor da agência de poder pode determinar quais são as possibilidades de comunicação dentro de um sistema e, com isso, pode restringir outras possibilidades fora dos limites do sistema, há também o efeito inverso, pois uma vez estabelecidos os limites desse sistema, mesmo o detentor do poder não poderá operar fora deles. Portanto, a teoria dos sistemas também se presta, *contrario sensu*, a controlar quem exercita o poder, pois, como dito, este não poderá ultrapassar os limites comunicacionais pré-estabelecidos.

Assim, um sistema que venha a interligar determinado conjunto de regras comuns numa hermenêutica de compreensão circular, numa forma de enxergar as regras como pertencentes a um todo e de as interpretar de maneira não excludente, mas principiologicamente orientadas de forma unitária, nos moldes de orientação da

Hermenêutica Filosófica de Gadamer, é também um campo de controle do exercício de poder estatal. E o processo penal como instrumento poderoso de Estado merece ser controlado e limitado.

Neste ponto poderia surgir algum questionamento relacionado a uma possível incongruência na redação do último parágrafo supra, talvez criticando a pretensão ali externada de harmonizar e fundir os horizontes da Hermenêutica Filosófica com a ideia de sistema no âmbito do processo penal. Um crítico mais atento poderia ponderar dizendo algo como “mas Gadamer não trabalha com uma análise sistêmica...”. Em resposta à essa potencial crítica, vale, como contraponto inicial, outra referência ao texto de Dirk Baecker, no sentido de que se deve ter em conta que colocar questões entre parênteses, suspensas, como se elas não importassem, não significa deixá-las efetivamente de lado<sup>830</sup>. Arrisca-se, então, a dizer que Hermenêutica Filosófica, por exemplo, parece implicitamente colocar entre parênteses o inconsciente e o mecanismo decisório psicológico/neurocientífico do juiz, desconsiderando-os, como se eles não importassem no processo de compreensão. Com isso não se quer afirmar, é claro, que Heidegger e Gadamer desconsideravam os pré-conceitos do ser-no-mundo também em seu sentido pejorativo (isto é, para além das pré-compreensões estruturantes como condição de possibilidade de compreensão linguística – sobre este tema, se retomará mais adiante de forma mais detalhada). Porém, se não desconsideravam tais aspectos do inconsciente e da Psicologia Cognitiva/neurocientífica (também denominada de “Neurociência Cognitiva Social”<sup>831</sup>), de certa forma suspendiam sua relevância, colocando-os “entre parênteses”, para usar

---

<sup>830</sup> BAECKER, Dirk. Ob. Cit., p. 31.

<sup>831</sup> Como refere Leonard Mlodinow, *verbis*: *Com o advento da fMRI e a capacidade cada vez maior de os cientistas estudarem como diferentes estruturas do cérebro contribuem para a formação de pensamentos, sentimentos e comportamentos, as duas escolas que seguiram o behaviorismo começaram a juntar forças. Os psicólogos sociais perceberam que poderiam desembranhar e validar suas teorias sobre os processos psicológicos conectando-os às suas fontes no cérebro. Os psicólogos cognitivos perceberam que poderiam rastrear as origens dos estados mentais. Também os neurocientistas, que se concentravam no cérebro físico, perceberam que poderiam entender melhor seu funcionamento se aprendessem mais sobre os estados mentais e processos psicológicos produzidos pelas diferentes estruturas. E assim surgiu o novo campo de neurociência cognitiva social, ou simplesmente neurociência social. É um 'ménage a trois', uma 'relação a três': psicologia social, psicologia cognitiva e neurociência.* (MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Ob. cit., p. 124).

a expressão de Dirk Baecker. E, se os colocavam entre parênteses, insistia-se, não os deixavam realmente de lado.

Nessa linha de compreensão, ainda que se tenha noção da aparente incongruência acima referida, entende-se não haver necessariamente uma compreensão excludente entre a Hermenêutica Filosófica gadameriana com a manutenção de uma ideia kantiana de sistema para o processo penal. Ao contrário, pois quando Gadamer, embasado em Heidegger, prega uma interpretação que leve em conta as pré-compreensões do ser-no-mundo e seja circular, isto é, que vá do todo para a parte e da parte para o todo, ele exclui outras possibilidades comunicativas de interpretação. Ou seja: elabora um sistema, selecionando critérios e excluindo outros, estabelecendo possibilidades comunicativas em torno de uma “ideia fundante” consistente em controlar o hermeneuta e evitar o solipsismo. De resto, age orientado por um “princípio unificador” – ou por um “vetor de racionalidade”, como prefere Ernildo Stein<sup>832</sup> –: o *Dasein* heideggeriano. Assim, se a Hermenêutica Filosófica tem como pretensão controlar o hermeneuta, evitar o solipsismo, como se disse, esta é uma circunstância que um sistema pode perfeitamente desenvolver. Como referido por Dirk Baecker, os sistemas em geral também têm esse papel de controle, na medida em que definem um conjunto de possibilidades que estruturam controles mediante comunicação.

Assim, um sistema processual penal que seja orientado para diminuir discricionariedade judicial compartilha do mesmo interesse que a Hermenêutica Filosófica, notadamente nos moldes em que esta é trazida ao campo do Direito por Lênio Streck e sua importante Crítica Hermenêutica do Direito.

Com efeito, Lenio Streck, fundindo o discurso de Heidegger e Gadamer com aquele de Dworkin, também parte de uma ideia fundante que considera o hermeneuta um ser-no-mundo estruturado em suas pré-compreensões e que deve ser controlado intersubjetivamente na interpretação das normas levando em conta os princípios constitucionais trabalhados circularmente com a regra, sem descurar dos princípios

---

<sup>832</sup> STEIN, Ernildo. **Pensar é Pensar a Diferença. Filosofia e Conhecimento Empírico**. Ijuí: Editora Unijuí, 2002, p. 180: *O vetor serão as condições de modo de ser-no-mundo: a compreensão do ser e a diferença ontológica. Esse vetor é a base de qualquer teoria do conhecimento. Então o ser-aí, o Dasein, baseado na estrutura do ser-no-mundo, passa a ser o vetor de racionalidade.*

unificadores da coerência e da integridade. Ou seja: ainda que se não admita expressamente, trabalha dentro de critérios e limites hermenêuticos que permitem dizer que opera num campo sistemático.

Neste ponto vale recordar o que referia Gothard Günther em texto originalmente publicado em 1962, explicando a ideia de sistema num paralelismo com o que se evidencia com o Universo e suas partes. Diferentemente do que ocorre com o Universo, que é um todo sem fronteiras e, assim, não pode ser autorreferente, “centros individuais têm, como sabemos muito bem, um ambiente genuíno (que o Universo não tem!) e o que eles refletem é esse mesmo ambiente. É lógico que estes sistemas de auto-reflexão com centros próprios não poderiam se comportar como eles fazem a menos que fossem capazes de “desenhar uma linha” divisória entre eles mesmos e seu ambiente”<sup>833</sup>. Ou seja, um sistema necessita de uma linha divisória entre si e seu entorno para dele se distinguir e ser capaz de se autorrefletir. Se não há um sistema, há apenas o todo e este, assim como o Universo referido por Gothard Günther, tende a carecer de inteligência, como igualmente explica Dirk Baecker ao tratar, justamente, da “inteligência do sistema”:

*O todo tende a carecer de inteligência na medida em que deixa de refletir-se num entorno; em seu lugar, trata de absorver qualquer entorno e insistir em sua própria plenitude. E então isso estabelece uma tendência que não conduz à reflexão, mas à generalização e à abstração.*<sup>834</sup>

Vem daí a importância de se insistir na vinculação sistemática para a compreensão do processo penal. Se o sistema também opera como mecanismo de controle, ele serve tanto como condição de possibilidade de comunicação entre os atores processuais, quanto como mecanismo de restrição de possibilidades de

---

<sup>833</sup> GÜNTHER, Gotthard. **Cybernetic Ontology and Transjunctional Operations**. Disponível em [http://www.vordenker.de/ggphilosophy/gg\\_cyb\\_ontology.pdf](http://www.vordenker.de/ggphilosophy/gg_cyb_ontology.pdf), fevereiro de 2004, p. 58, publicado originariamente In: *Self-Organizing System*. (YOVITS, M. C.; JACOBI, G. T.; GOLDSTEIN, G. D., organizadores), Washington D. C., Spartan Books, 1962, 313-392, acesso em 20 de fevereiro de 2015. Tradução nossa. No original, em inglês: *individual centers have, as we know very well, a genuine environment (which the Universe has not!) and what they reflect is this very environment. It stands to reason that these systems of self-reflection with centers of their own could not behave as they do unless they are capable of “drawing a line” between themselves and their environment.*

<sup>834</sup> BAECKER, Dirk. Ob. Cit., p. 27. Tradução nossa. No original, em espanhol: *El todo tende a carecer de inteligencia en tanto que falla a la hora de reflejarse en un entorno; en su lugar, trata de absorber cualquier entorno e insistir en su propia plenitud.*

comunicação ao se afastar de seu entorno, dele se distinguindo. Mais uma vez a lição de Dirk Baecker, explicando que “controle significa estabelecer uma causalidade para assegurar a comunicação, quer dizer, consiste em reduzir os graus de liberdade na autosseleção dos eventos”<sup>835</sup>. E prossegue dizendo que “é por isso que a noção de “condicionamento” é uma das mais importantes no campo da teoria dos sistemas”, esclarecendo que “o condicionamento se dá quando se introduz uma distinção que separa um subconjunto de possibilidades, por um lado, e um observador forçado a eleger, de outro”. Neste caso, este observador, inserido num sistema, somente pode eleger dentro dos espaços previamente selecionados pelo sistema.

Pensando em termos de processo penal o sistema indica a necessidade de ser selecionado um determinado fato a ser discutido no caso penal. Este, como se sabe, vem delimitado na denúncia. A imputação fática constante da denúncia e o princípio da correlação amarram as possibilidades comunicativas das partes e do processo decisório do juiz. Tudo que estiver fora deste campo de imputação fática está fora do sistema do processo em curso. Se a denúncia seleciona um determinado fato, dentre inúmeras outras possibilidades fáticas de imputação, e se o juiz aceita o fato selecionado na denúncia como capaz de ser objeto de discussão no processo, o próximo passo relevante é de verificação probatória deste fato selecionado. É preciso selecionar quais provas serão/poderão ser comunicadas e como essa comunicação operará. Chega-se, então, ao momento de ouvida das testemunhas em audiência. Enquanto uma testemunha fala, tanto as partes, quanto o juiz, são observadores dessa fala. Na complexidade de sua estrutura mental, de sua capacidade linguística e do processo mnemônico a testemunha seleciona possibilidades de discurso dentro destas limitações para referir sobre o que sabe/lembra do caso penal e as partes operam como observadores em relação a ela. Uma das partes espera da testemunha um determinado tipo de discurso (ex.: o Ministério Público espera que a testemunha confirme o quanto consta da imputação fática da denúncia) e a outra espera algo em sentido inverso (ex: a defesa espera que a testemunha não confirme os fatos imputados ao acusado). Há, por vezes, portanto, uma dupla expectativa conflitante. As partes, então, neste mesmo ambiente da audiência, podem ser autorizadas a interferir

---

<sup>835</sup> BAECKER, Dirk. Ob. cit., pp. 23 e ss.

na fala da testemunha. Neste caso, para além de uma dupla expectativa que tinham como observadores, promovem, agora como partícipes, uma dupla intervenção e um duplo constrangimento em relação à testemunha. Mas há, também, o Juiz que atua inicialmente como um terceiro observador e que pode estar com expectativas diversas daquelas imaginadas/selecionadas/comunicadas pelas partes. Essa ideia do juiz ser um terceiro é trabalhada por alguns autores como devendo ser uma postura apenas de espectador e não de ator/partícipe<sup>836</sup>. Essa visão, no entanto, não pode ser tomada de forma absoluta. Natalino Irti melhor explica o lugar do juiz no processo, considerando-o um terceiro que está “com” as partes e “acima” das partes: “*com elas*, porque o problema das partes é também um problema do terceiro, e as respectivas “razões” se tornam termos de dúvida e possibilidades de escolha. *Acima delas*, porque o terceiro tem o poder da decisão, de encerrar o conflito com a vitória de uma e a derrota da outra”<sup>837</sup>. O autor, então, explica esse papel do magistrado como equivalente ao que ele denomina de “princípio do terceiro incluído”<sup>838</sup>. E prossegue Natalino Irti dizendo que “o conflito jurídico é, por assim dizer, triádico: não pode ser reduzido a dois, mas precisa necessariamente de três”<sup>839</sup>. Assim, caso se leve em conta o juiz como mero observador, o resultado da compreensão do quanto a testemunha tinha a dizer, poderá se evidenciar como dupla ou até tripla frustração. Entra, também aqui, a importância do sistema. Se não tenho sistema algum, tudo é válido e não há controle algum, nem em relação à testemunha, nem em relação às partes ou mesmo em relação ao juiz. Sem o controle comunicacional, o resultado será indeterminado. O sistema, então, entra aqui como um modo pelo qual o ordenamento jurídico dará respostas a um determinado problema. Assim, se tenho um sistema processual penal operando, posso estabelecer critérios e controles de como se permitirá essa operação de seleção, comunicação e

<sup>836</sup> V.g. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed., ob. cit., p. 178. Vide também, dentre outros: PLETSCHE, Natalie Ribeiro. **Formação da Prova no Jogo Processual Penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença**. Ob. cit., p. 72.

<sup>837</sup> IRTI, Natalino. **Diritto Senza Verità**. Ob. cit., p. 65. Tradução nossa. No original, em italiano: *Il terzo sta con loro e sopra di loro. Con loro, perché il problema delle parti si fa problema del terzo, e le rispettive ‘ragioni’ diventano termini di dubbio e possibilità di scelta. Sopra di loro, poiché il terzo ha il potere della decisione, del chiudere il conflitto con la vittoria dell’una e la sconfitta dell’altra*.

<sup>838</sup> IRTI, Natalino. **Diritto Senza Verità**. Ob. cit., p. 66. Tradução nossa. No original, em italiano: *principio del terzo incluso*.

<sup>839</sup> IRTI, Natalino. **Diritto Senza Verità**. Ob. cit., p. 66. Tradução nossa. No original, em italiano: *Il conflitto giuridico è, per così dire, triadico: esso non può ridursi a due, ma ha bisogno necessariamente di tre*.

compreensão da fala da testemunha. Ainda que se admita que “toda a construção” do sistema também “se encontra ‘imersa’ na indeterminação”<sup>840</sup>, esta indeterminação é eliminada com a autorreferência sistemática, ou seja, o sistema poderá determinar o indeterminado estabelecendo critérios de limitação. Estes poderão ser direcionados apenas para as partes; ou apenas para o juiz; ou, ainda, para todos ou para nenhum dos observadores. Mas o fato é que o sistema opera estabelecendo as condições de interferência – e, assim, de controle – destes observadores em relação à testemunha. Controla a comunicação do que a testemunha tem a dizer, ampliando-a ou reduzindo-a, dependendo do modelo adotado, isto é, dependendo dos graus de liberdade que o sistema permitir na autosseleção dos eventos por parte da testemunha.

De resto, o sistema também é relevante ao atuar nessa mecânica de controle através da comunicação, ao longo de toda interpretação das regras. Com efeito, ao se pensar num processo penal democrático, que premie garantias do cidadão, que simultaneamente controle o poder do Estado e o faça operar dentro de determinados marcos principiológicos, o sistema deve se afastar do entorno potencialmente autoritário que possa querer se impor como princípio.

Em outras palavras, não basta pensar numa circularidade hermenêutica que opere avaliando a regra em conjunto com o princípio; é preciso ir além e garantir que esse princípio e essa regra, também eles, sejam orientados por uma ideia fundante e por princípios orientadores esculpidos a partir de uma consolidação de uma tradição histórica autêntica que premie os direitos fundamentais do cidadão no âmbito resultante de uma democracia constitucional. E, nessa medida, a importância de se manter a compreensão do processo penal à luz de um sistema vem à tona, permitindo que, uma vez identificada/precisada sua ideia fundante e seu princípio unificador, o sistema possa se distinguir de seu entorno, autorrefletindo suas estruturas e excluindo as possibilidades diversas que estão ao redor.

De outra sorte, ao mesmo tempo em que o sistema deva ser estruturado de forma unitária e concatenado, não é possível esquecer o grau de complexidade atingido pela sociedade e o próprio grau de complexidade que o inconsciente dos atores processuais, como seres humanos que são, apresenta-se. Decorrentemente,

---

<sup>840</sup> BAECKER, Dirk. Ob. cit., p. 37.

aproveitando a precisa observação de Leonel Severo Rocha, é possível admitir que “um sistema diferenciado deve ser, simultaneamente, ‘operativamente fechado’ para manter a sua unidade e ‘cognitivamente aberto’ para poder observar a sua diferença constitutiva”<sup>841</sup>.

Tem-se, portanto, que o sistema processual penal brasileiro deva ser um sistema “operativamente fechado”, mas “cognitivamente aberto”, estimulado pelas informações do ambiente, isto é, do caso concreto e também aberto em relação à possibilidade de admitir revisões estruturais pela via legislativa e de sofrer influências outras, a exemplo da complexidade gerada pelo inconsciente e pelo mecanismo psicológico/neurológico do processo decisório.

Enfim, do já dito até aqui é possível estabelecer a premissa de que é a partir do conceito kantiano, mas é também a partir da hermenêutica filosófica, que se passará a analisar os dois “sistemas” processuais penais consagrados pela doutrina, iniciando pela dificuldade que os processualistas penais de hoje em dia encontram na definição do critério diferenciador entre eles.

## **Seção II – A “Babel” dos sistemas processuais penais: ninguém se entende.**

*O psicoterapeuta vê o paciente segundo as lentes da linha teórica que segue, e toda teoria é um leito de Procusto (personagem mitológico que possuía um leito de ferro ao qual amarrava viajantes que assaltava; se eles eram menores que o leito, esticava seus membros; se eram maiores, amputava a sobra).*

(NEI RICARDO DE SOUZA)<sup>842</sup>

Ao tratar dos denominados sistemas processuais penais, a doutrina é, em geral, divergente quanto à caracterização do denominado “sistema acusatório” e também quanto à sua diferenciação do denominado “sistema inquisitório”. Neste particular, ao consultar como a maioria dos doutrinadores aborda o assunto, chega-se à constatação de que a identificação de um “sistema acusatório” somente é passível de ser verificada

<sup>841</sup> ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano e CLAM, Jean. Ob. cit., p. 38.

<sup>842</sup> SOUZA, Nei Ricardo de. **Psicoterapia e Taoísmo**. São Paulo: Summus, 2007, p. 150.



no plano doutrinário-discursivo de um modelo ideal, “puro”, que historicamente nunca existiu, nem tampouco existirá com a reforma em curso, conforme também concluem, dentre outros<sup>843</sup>, Ettore Dezza e Michele Pifferi:

*Na intervenção introdutória deste meu encontro entre historiadores do direito e estudiosos do processo penal, Michele Pifferi focou-se no tema da relação entre os modelos acusatório e inquisitório, e oportunamente convidou a desconfiar das construções (e das reconstruções) excessivamente teóricas e abstratas: como historicamente nunca existiu (nem mesmo, podemos acrescentar, nas experiências de common law) um processo acusatório puro, assim como nunca existiu um processo inquisitório puro. Os eventos históricos do processo penal nos oferecem ao contrário um quadro articulado e composto, formado – como nos recorda Pifferi – por “contaminações, interferências, desperdícios e hibridações”, numa contínua e oscilante alternância, de resto já claramente advertida e sinteticamente descrita por Felippo Maria Renanzi em 1777.*<sup>844</sup>

<sup>843</sup> Vários autores hoje colocam em xeque a dicotomia no seu prisma histórico. Para além de DEZZA, Ettore e PIFFERI, Michele, também acenam nesse sentido: ILLUMINATI, Giulio. *El Sistema Acusatorio en Italia*. In: **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Lorena Bachmaier Winter (coordenação), Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, pp. 135-160; AMODIO, Ennio. **Processo Penale, Diritto Europeo e Common Law: dal rito inquisitorio al giusto processo**. Milano: Giuffrè, 2003, pp. 195 e ss.; PRIMOT, Ludovic. **Le Concept d'Inquisitoire en Procédure Pénale. Représentations, Fondements et Définition**. Bibliothèque des Sciences Criminelles. Tome 47, Paris: LGDJ, 2010, pp. 261 e ss.; JACKSON, John D. *The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment?* In **The Modern Law Review Limited**, Oxford, UK, Blackwell Publishing, 2005, pp. 737-764; WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio versus Inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal*. In: **Proceso penal y sistemas acusatorios**, Lorena Bachmaier Winter (coordenação), Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, pp. 11-48; MONTERO AROCA, Juan. *Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidade jurídica de un eslogan político*. Ob. cit., pp. 17-66; ARMENTA DEU, Teresa. **Principio Acusatorio y Derecho Penal**. Barcelona: JM Bosch, 1995, p. 11; COSTA, Pietro. *Il Modello Accusatorio in Italia: fra 'attuazione della costituzione' e mutamenti di paradigma*. In: **Diritti Individuali e Processo Penale nell'Italia Repubblicana: materiali dall'incontro di studio, Ferrara, 12-13 novembre 2010. Per la storia del pensiero giuridico moderno**, n° 93, Milano: Giuffrè, 2011, pp. 151-160; AMBROISE-CASTEROT, Coralie. **De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire**. Thèse. Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2000; JACOBS, Ann. *Petit Tour du Monde du Contradictoire*. In: **Le Contradictoire dans le Procès Pénal. Nouvelles Perspectives. Actes du colloque organisé le 8 décembre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles de Grenoble**. RIBEYRE, Cédric (Direction). Paris: Cujas, 2012, pp. 25-38; PRADEL, Jean. *Rapport de Synthèse. Le Contradictoire dans la Procédure Pénale*. In: **Le Contradictoire dans le Procès Pénal. Nouvelles Perspectives. Actes du colloque organisé le 8 décembre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles de Grenoble**. RIBEYRE, Cédric (Direction). Paris: Cujas, 2012, pp. 161-173; SKLANSKY, David Alan. *Anti-Inquisitorialism*. In: **Harvard Law Review**. Forthcoming; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1283274, novembro de 2008. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1283274>, acesso em 04 de setembro de 2014; PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 50.

<sup>844</sup> DEZZA, Ettore. *Accusa e Inquisizione nell'Esperienza Italiana Contemporanea*. In: **Diritti Individuali e Processo Penale nell'Italia Repubblicana. Per la storia del pensiero giuridico moderno**, 93, Milano: Giuffrè Editore, 2011, pp.101-116. Tradução nossa. No original, em italiano: *Nell'intervento introduttivo a*

No mesmo sentido atesta Pietro Costa ao dizer que “esta contraposição é tanto líquida quanto esquemática”. E explica em seguida o que quis dizer com isso:

*Se projetada sobre todo o arco da história do processo medieval e moderno, esta distinção tipológica muito simples torna-se, como persuasivamente demonstrou Giorgia Alessi, um leito de Procusto, incapaz de acolher a variedade da fenomenologia processual, tanto na Europa continental, quanto nos países de ‘common law’.*<sup>845</sup>

A metáfora do “Leito de Procusto”, referida por Pietro Costa, é perfeita para compreender como se estruturou o discurso da dicotomia dos sistemas em acusatório e inquisitório e como, paradoxalmente à própria ideia de dicotomia, cada um defende uma forma de compreender o tema. A questão tem início, como será explorado na próxima Seção, no quanto a doutrina do século XIX buscou selecionar de práticas do passado, na construção do antagonismo sistêmico. Com efeito, para dar um ar de “sistema” às conflitivas e esparsas práticas do quanto se efetivava no âmbito dos processos penais do século XIII, a doutrina teve que “esticar” algumas categorias teóricas de um lado e “cortar” fora aquelas que atrapalhavam. Tudo deveria caber na “cama” dos discursos de forma antagônica. E assim vem sendo feito pela doutrina que veio a reboque dessa seletividade dos oitocentos. Com efeito, boa parte da doutrina desconsidera este alerta e alguns chegam ao ponto de estabelecer um “quadro comparativo” entre os dois pretensos sistemas ideais, que pode ser assim ilustrado:

---

*questo encontro tra storici del diritto e studiosi del processo penale Michele Pifferi si è soffermato sul tema del rapporto tra i modelli accusatorio e inquisitorio, e ha opportunamente invitato a diffidare delle costruzioni (e delle ricostruzioni) eccessivamente teoriche e astratte: come storicamente non è mai esistito (neppure, possiamo aggiungere, nelle esperienze di common law) un processo accusatorio ‘puro’, così non è mai esistito un processo inquisitorio ‘puro’. La vicenda storica del processo penale ci offre al contrario un quadro articolato e composto, formato – come ci ricorda Pifferi – da ‘contaminazioni, interferenze, scorie e ibridazioni’, in una continua e oscillante alternanza, del resto già chiaramente avvertita e sinteticamente descritta da Filippo Maria Renazzi nel 1777.*

<sup>845</sup> COSTA, Pietro. *Il Modello Accusatorio in Italia: fra ‘attuazione della costituzione’ e mutamenti di paradigma*. Ob. cit., pp. 152-153. Tradução nossa. No original, em italiano: *questa contrapposizione è tanto netta quanto schematica. Se proiettata sull'intero arco della storia del processo medievale e moderno questa troppa semplice distinzione tipologica diviene, come ha persuasivamente mostrato Giorgia Alessi, un letto di Procuste incapace di accogliere la varietà della fenomenologia processuale, tanto nell'Europa continentale quanto nei paesi di common law.*

<b><u>Inquisitório</u></b>	<b><u>Acusatório</u></b>
Juiz acusa e julga (ou) acusação pública – Ministério Público	Juiz apenas julga (ou) acusação privada – vítima
O juiz é o gestor da prova	As partes são as gestoras da prova
Busca da verdade real	Busca da verdade possível
Sem contraditório	Com contraditório
Sem ampla defesa	Com ampla defesa
Presunção de culpa	Presunção de inocência
Réu visto como objeto	Réu visto como sujeito
Escrito	Oral
Sigiloso	Público
Prova tarifada	Livre apreciação da prova
Com tortura	Sem tortura
Com medidas cautelares (prisão preventiva)	Sem medidas cautelares

Nesse aspecto, para bem ilustrar o que se está querendo destacar, vale referir, por todos os demais autores que se conduzem nesta linha (brasileiros ou não), a análise dos sistemas processuais penais apresentada na consagrada obra do professor português José Antonio Barreiros que, como ele mesmo introduz, “para maior clareza da exposição”, chega mesmo ao ponto de elaborar um quadro comparativo sobre o tema, muito próximo daquele apresentado acima:

*Vejamos pois cada um dos sistemas, não porém sem que apresentemos, para maior clareza da exposição, as características de cada um dos dois sistemas processuais típicos – o acusatório e o inquisitório – que agruparemos no quadro seguinte:*

	<b>ACUSATÓRIO</b>	<b>INQUISITÓRIO</b>
<b><i>Julgador</i></b>	<i>Assembléia ou jurados populares.</i>	<i>Magistrados ou juízes permanentes</i>
<b><i>Relação entre os sujeitos</i></b>	<i>Igualdade das partes; o juiz é árbitro, sem iniciação de</i>	<i>Juiz investiga, dirige, acusa e julga, numa posição de</i>

	<i>investigação.</i>	<i>superioridade face ao arguido.</i>
<b>Acusação</b>	I) <i>Delitos públicos: acção popular;</i> II) <i>Delitos privados: compete ao prejudicado ou ofendido.</i>	<i>Acusação ex-officio, admitindo-se denúncia secreta.</i>
<b>Processo</b>	<i>Oral</i> <i>Público</i> <i>Contraditório</i>	<i>Escrito</i> <i>Secreto</i> <i>Não contraditório</i>
<b>Prova</b>	<i>Livre convicção</i>	<i>Prova legalmente tarifada</i>
<b>Sentença</b>	<i>Faz caso julgado</i>	<i>Não faz caso julgado</i>
<b>Medidas Cautelares</b>	<i>Regra: liberdade do arguido</i>	<i>Prisão preventiva</i> <sup>846</sup>

Esses quadros comparativos, em grande medida, são seguidos pela maioria da doutrina nos dias de hoje. No entanto, repita-se, eles estão baseados em modelos ideais selecionados e construídos discursivamente apenas pela vontade desta parcela da doutrina e, como já alertaram Pifferi e Dezza, não são historicamente identificados na pretendida pureza, como se verá. Só essa divisão arbitrária, aliada a uma disparidade conceitual entre os doutrinadores, já deveria servir de alerta para o legislador brasileiro na discussão do Projeto de Lei acima referido, notadamente quanto à opção que ele espelha ao se filiar de forma expressa e radical a um dos dois sistemas. Mas o problema é muito mais complexo, como se procurará transparecer.

Considerando que os modelos “ideais” de sistemas processuais penais são essencialmente construções doutrinárias arbitrárias, o que se tem percebido, atualmente, é uma disputa entre estes mesmos doutrinadores para procurar demonstrar qual seria o critério distintivo destes dois sistemas considerados como antagônicos. É aí que a Babel dos sistemas se apresenta em toda sua potencialidade.

Curiosamente, boa parte da atual doutrina brasileira – e também da estrangeira – que se ocupa do tema ao traçar diferenciação entre os denominados sistemas acusatório e inquisitório, olha de forma irrefletida, ou para o critério da junção/separação das funções de acusar e julgar, ou para o critério da gestão da prova, como se estes fossem critérios únicos e capazes, por si só, de identificar e separar os “sistemas” à luz de toda complexidade que envolve o processo penal.

<sup>846</sup> BARREIROS, José Antonio. **Processo Penal**, Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p. 12.

A confusão conceitual é tão grande na doutrina que Ada Pellegrini Grinover<sup>847</sup>, acompanhada de uma parcela da doutrina estrangeira<sup>848</sup> e nacional<sup>849</sup>, sugere até uma nova classificação dos sistemas processuais penais, estabelecendo uma separação entre o que se denomina “sistema inquisitório” e “sistema acusatório” (critérios de junção ou separação das funções de acusar e julgar) do que ela considera ser diferente: “*inquisitorial system*” e “*adversarial system*” (critérios relacionados à gestão da prova pelo juiz ou pelas partes)<sup>850</sup>. Ademais, boa parte da doutrina contemporânea no Brasil<sup>851</sup> não admite ter o Juiz qualquer atividade probatória no sistema acusatório, inclusive em favor do acusado, vindo a conflitar diametralmente com a parte final do texto do referido artigo 4º do Projeto.

Thibaut e Walker<sup>852</sup>, por sua vez, trabalham com a expressão “*Anglo-american adversary system*” em contraponto com “*European inquisitorial system*”, influenciando

<sup>847</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. In: Ob. cit., pp. 71-79.

<sup>848</sup> Na doutrina estrangeira também há quem sustente essa divisão, a exemplo de VOGLER, Richard. *El Sistema Acusatorio en los Procesos Penales en Inglaterra y en Europa Continental*. In: **Proceso penal y sistemas acusatorios**, Lorena Bachmaier Winter (coordenação), Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, pp. 177-194, p. 181. Vide também ARMENTA DEU, Teresa. **Estudios de Justicia Penal**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 400.

<sup>849</sup> V.g. PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal**. Ob. cit., pp. 51-52; e BASTOS, Marcelo Lessa. Processo Penal e Gestão da Prova: Os novos arts. 155 e 156 do Código reformado (Lei nº 11.690/08). In: **Jus Navigandi**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/11593/processo-penal-e-gestao-da-prova>, acesso em 22 de maio de 2015.

<sup>850</sup> A respeito da terminologia inglesa ser considerada nos mesmos moldes da portuguesa, não apresentando a pretendida diferenciação classificatória apresentada pela Professora Ada Pellegrini Grinover, vide, dentre outros: KOPPEN, Peter J. Van e PENROD, Steven D.. **Adversarial or Inquisitorial: Comparing Systems**. In *Adversarial versus inquisitorial Justice. Psychological Perspectives on Criminal Justice System*. New York, Boston, Dordrecht, London, Moscow: Plenum Publishers, 2003, pp. 01-19. Vide, ainda: CROMBAG, Hans F.M.. **Adversarial or Inquisitorial. Do we have a choice?** In *Adversarial versus inquisitorial Justice. Psychological Perspectives on Criminal Justice System*. New York, Boston, Dordrecht, London, Moscow: Plenum Publishers, 2003, pp. 21-25. Vide, também: DAMASKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process**. New Haven, London: Yale University Press, 1986.

<sup>851</sup> Alguns são radicais e não admitem sequer a atuação em forma complementar no curso da produção da prova introduzida no processo pelas partes, conforme já elencado acima. Outros, no entanto, tratam apenas da impossibilidade do juiz ter iniciativas de introduzir prova nova no processo. Neste último sentido, v.g., vide: LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013; RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Ob. cit., p. 510; ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013, p. 55; THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais. Tempo, Tecnologia, Dromologia e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 126.

<sup>852</sup> THIBAUT, John. WALKER, Laurens. **Procedural Justice: A Psychological Analysis**. New York: John Wiley & Sons Inc., 1976.

uma série de outros autores seguidores do mesmo discurso<sup>853</sup>. Curiosamente e *contrario sensu* ao quanto Thibaut e Walker referem, ao tratar do modelo italiano Ennio Amodio arrisca a expressão “*acusatório à la europeia*”<sup>854</sup>. Aliás, o mesmo Ennio Amodio, também adotou a curiosa expressão “*garantismo inquisitorio*” para se referir ao processo penal italiano no período compreendido entre 1955 e 1969, no qual “presunção de inocência e igualdade das armas participam de uma estrutura que é aquela originária do Código de 1930”<sup>855</sup>.

Outros doutrinadores apresentam a divisão do sistema acusatório em “acusatório privado” e acusatório público<sup>856</sup> ou, ainda, nessa mesma linha de compreensão, denominados de “acusatório formal” e “acusatório material”<sup>857</sup>. Há, porém, quem divida em “acusatório de oralidade plena” e “modelo misto ou acusatório formal”, a exemplo do que faz Eric Lorenzo Pérez Sarmiento<sup>858</sup>, valendo-se dessa referência em sentido diverso daquele empregado na dualidade entre acusatório formal e material. Aliás, no próprio texto da Exposição de Motivos do então Anteprojeto de novo Código de Processo Penal brasileiro apresentado ao Senado Federal, encontra-

<sup>853</sup> No mesmo sentido, por exemplo: LIND, E. Allan. TYLER, Tom R.. *The Social Psychology of Procedural Justice*. New York: Plenum Press, 1988. Disponível em [www.books.google.com.br](http://www.books.google.com.br), acesso em 10.02.2011.

<sup>854</sup> AMODIO, Ennio. *Processo Penale, Diritto Europeo e Common Law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Ob. cit., p. 26. Tradução nossa. No original, em italiano: “*accusatorio all’europea*”.

<sup>855</sup> AMODIO, Ennio. *Processo Penale, Diritto Europeo e Common Law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Ob. cit., p. 116.

<sup>856</sup> A exemplo de AMBOS, Kai. *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica*. In *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Lorena Bachmaier Winter (coordenação), Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, pp. 49-72.

<sup>857</sup> CASTEX, Francisco. *Sistema Acusatorio Material. Una investigación sobre los fundamentos del querelante autónomo*. Buenos Aires: Del Puerto, 2013, pp. 01 e ss., verbis: *Un modelo procesal se define como acusatorio formal cuando las funciones requerientes y decisorias se reparten entre órganos diferentes (Ministerio Público y juez de Garantías o Tribunal de Juicio). En cambio, en el modelo procesal acusatorio material no sólo existe esa división sino que las funciones requerientes están a cargo de un individuo particular y no de un órgano del Estado*. No mesmo sentido: FALCONE, Roberto A. *El Juicio Oral. El valor de los actos instructorios en el debate. El particular damnificado y el ejercicio de la acción penal. Correlación entre acusación y fallo. Hecho diverso*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, pp. 51 e ss.. Vide, ainda: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 2ª ed., revista e ampliada, Curitiba: Juruá, 2013, pp. 266 e ss..

<sup>858</sup> PEREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. *Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal*. Bogotá, Temis, 2005, p. 03, verbis: *Estos modelos del sistema acusatorio son basicamente dos: los modelos de oralidad plena, vigentes fundamentalmente en los países del llamado common law (Gran Bretaña y Estados Unidos, fundamentalmente), en Alemania y los países escandinavos, y el llamado modelo mixto o acusatorio formal, establecido en países como Francia, Italia, España, Japón, Rusia, los países de Europa Oriental y en los países de América Latina que poseen el proceso acusatorio y el juicio oral, tales como México, Cuba, Perú, Uruguay y Brasil*.

se referência à ideia de ser o sistema “acusatório público”, em clara tentativa de legitimar a presença do Ministério Público como titular da ação penal pública, num modelo dito “acusatório”. Eis o texto:

*Em um sistema acusatório público, a titularidade da ação penal é atribuída a um órgão que represente os interesses de igual natureza, tal como ocorre na previsão do art. 129, I, da Constituição, que assegura ao Ministério Público a promoção, privativa, da ação penal pública, nos termos da lei.*<sup>859</sup>

Aumentando a confusão terminológica e estrutural, alguns doutrinadores contemporâneos ainda se referem a um “processo acusatório com princípio de investigação”, a exemplo de Claus Roxin<sup>860</sup>, na Alemanha; Figueiredo Dias<sup>861</sup> e Nuno Brandão<sup>862</sup>, em Portugal; e Gómez Orbaneja e Herce Quemada, na Espanha<sup>863</sup>.

Também já se falou em “princípio acusatório formal” ou “princípio de investigação oficial mediante acusação formal”, como fazia Ernst Beling no início do século XX (1928)<sup>864</sup>.

Há quem refira a uma pluralidade de “sistemas acusatórios”, como o faz Aurélien Létocart, dizendo que há um “*processo acusatório à la americana*”, outro “*à la britânica*” e, ainda o “*processo acusatório italiano*” e aquele “*alemão*”<sup>865</sup>. Paulo Busato, por sua vez, refere a um sistema “predominantemente acusatório” ou “predominantemente inquisitivo”<sup>866</sup>.

<sup>859</sup> BRASIL. **Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Ob. cit., p. 17.

<sup>860</sup> ROXIN, Claus. ***Derecho Procesal Penal***. Tradução para o espanhol de Gabriela E. Cordoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 86.

<sup>861</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Ob. cit., pp. 148 e ss..

<sup>862</sup> BRANDÃO, Nuno; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Sistemas Processuais Penais do Brasil e de Portugal – Estudo Comparado*. In: **Processo Penal do Brasil e de Portugal. Estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira** (L.G. Grandinetti Castanho de Carvalho, Organizador), Coimbra: Almedina, 2009, pp. 11-69.

<sup>863</sup> GÓMEZ ORBANEJA, Emílio; HERCE QUEMADA, Vicente. ***Derecho Procesal. Vol II. Derecho procesal penal***. Madrid: EGESA, 1997, pp. 111-112.

<sup>864</sup> BELING, Ernst. ***Derecho Procesal Penal***. Tradução para o espanhol de Miguel Fenech. Buenos Aires: DIN Editora, 2000, p. 24.

<sup>865</sup> LÉTOCART, Aurélien. *Les Procedures Accusatoires et le Role du Juge d'Instruction*. In: **Les Procédures Accusatoires**. Sous la direction de Mikäel Benilouche. Rennes: Cepresca, 2012, pp. 69-81.

<sup>866</sup> BUSATO, Paulo Cesar. *De Magistrados, Inquisidores, Promotores de Justiça e Samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório*. In: **Revista Justiça e Sistema**

Por fim, trabalhando mais no plano do processo civil, Fredie Didier Jr. e outros autores civilistas<sup>867</sup> consideram que “não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo”, dizendo que “os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos ‘adversariais’ e ‘inquisitoriais’”<sup>868</sup> e, assim, dividem os sistemas com as nomenclaturas de “inquisitivo”, “dispositivo” e “cooperativo”. Por “cooperativo” o autor entende que seria o sistema no qual se tem a “inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes”<sup>869</sup>.

Como se viu acima, foram identificadas pelo menos quatorze formas diferentes de tentar distinguir um sistema do outro.

Noutra perspectiva, a divergência doutrinária está localizada em razão dos diferentes princípios unificadores de um sistema em comparação com o outro. Nesse prisma, encontram-se doutrinadores a sustentar ser a separação das funções de acusar e julgar o critério definidor do sistema acusatório, enquanto havendo junção das funções de acusar e julgar ter-se-ia o sistema inquisitório. Para este grupo de doutrinadores, portanto, o princípio unificador e, via de consequência, o critério identificador dos “sistemas”, está relacionado à junção ou separação das funções de acusar e julgar.

Já, outro grupo de doutrinadores<sup>870</sup>, sustenta não ser válido esse critério, pois em diversas passagens da história das Inquisições, por exemplo, é possível localizar

**Criminal. Modernas Tendências do Sistema Criminal. Volume 2, número 1.** Curitiba: FAE Centro Universitário, janeiro/junho de 2010, pp. 103-126, pp. 104-105.

<sup>867</sup> Vide, por exemplo: MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil. Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2009, p. 102; e BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Reflexões Sobre o Garantismo Processual: será o modelo adversarial a única medida certa para essa doutrina? In: **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Jus Podium, 2013, pp. 429-441; GODINHO, Robson Renault. A Autonomia das Partes e os Poderes do Juiz: entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. In: **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Jus Podium, 2013, pp. 567-606.

<sup>868</sup> DIDIER JR., Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. In: **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Jus Podium, 2013, pp. 207-217.

<sup>869</sup> DIDIER JR., Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. Ob. cit., pp. 211-212.

<sup>870</sup> v.g. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Nº 30, Curitiba: UFPR. 1998, pp. 163-198; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. Ob. cit., pp. 23-24.



modelos processuais autoritários, porém com separação das funções de acusar e julgar. Buscam, então, outro critério para apresentar como princípio unificador dos “sistemas”: o princípio dispositivo orientado pela gestão da prova. Para estes autores, o “sistema” seria inquisitório quando a gestão da prova ficar nas mãos do juiz e seria acusatório quando a gestão da prova ficar ao encargo das partes. Este, por evidente, é o melhor critério para distinguir um sistema do outro, e também tem sido o mais usado pela doutrina moderna de processo penal.

No entanto, analisando os diversos modelos de processo apresentados ao longo da história é possível dizer que estes dois pretensos princípios unificadores também não se estabelecem de maneira uniforme.

Seguindo trilha similar ao critério da gestão da prova, Lênio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira indicam um critério distintivo a partir dos paradigmas filosóficos, considerando que o chamado “sistema inquisitório” seria orientado pelo paradigma da filosofia da consciência, sendo o juiz o “senhor dos sentidos” que assujeita as coisas, isto é, as provas e o “andar do processo”, premiando uma compreensão inautêntica comunicada pelo discurso do “livre convencimento” e a “livre apreciação da prova” e o denominado “sistema acusatório” seria orientado pelo paradigma da filosofia da linguagem, decorrente do giro ontológico-linguístico, no qual se não teria um “dono da prova” sendo que “os sentidos não mais se dão pela consciência do sujeito, e, sim, pela intersubjetividade, que ocorre na linguagem”<sup>871</sup>. Assim como a compreensão a partir da gestão da prova, esta análise também se aproxima do quanto aqui se procurará explorar mais adiante, na Terceira Parte, em termos de compreensão do papel dos atores processuais, pecando apenas pela vinculação à ideia de inércia absoluta do juiz. Como se verá mais a frente – e por paradoxal que possa parecer num primeiro momento – é justamente a possibilidade de o juiz intervir de alguma forma na produção probatória que permitirá lhe diminuir a discricionariedade e interferir para minimizar a possibilidade dele triunfar ao final do processo como “senhor dos sentidos”.

---

Vide, ainda, os diversos artigos produzidos na mesma linha interpretativa em: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal)**. COUTINHO, Jacinto Nelson de; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. Vide também LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 155 e ss..

<sup>871</sup> STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é Isto – as Garantias Processuais Penais?** Coleção O que é Isto? Volume 02, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 44 e ss.

Como se vê não há consenso na localização dos princípios unificadores dos pretensos sistemas processuais acusatório e inquisitório. Enfim, se não faltam sugestões para localizar um princípio unificador para a construção dos pretensos sistemas, por outro lado qualquer delas não resistiria ao confronto histórico dos diversos e, por vezes, concomitantes e, seguramente, mesclados modelos processuais utilizados na Europa ao longo dos séculos.

Assim, apenas pelo fato de ainda se encontrar inacabada a disputa doutrinária para eleger um princípio unificador dos “sistemas”, os diversos critérios acima elencados devem ser vistos com cuidado, procurando evitar que, ao se falar em sistema “inquisitório” se presuma, necessariamente, algo abominável e não merecedor de aplicação; ao passo que ao se falar em sistema “acusatório” se presuma algo positivo e merecedor de ser sempre adotado<sup>872</sup>. “Inquisitório” e “acusatório”, pois, passaram a ser dois antagônicos significantes que, lidos como duas “verdades absolutas”, respectivamente, conspurcam e enobrecem tudo aquilo a que se vinculam. Toda essa questão, inclusive, acaba sendo conduzida, invariavelmente, à luz de tal radicalismo discursivo da maioria que, por paradoxal que seja, “inquisitorialmente”, costuma não tolerar questionamentos nesse tema.

É importante, então, provocar reflexões que possam contribuir para a desconstrução dessa premissa exegética com pretensão de pureza na qual se tem baseado de forma irrefletida a maioria da doutrina para trabalhar o processo penal em todo o mundo ocidental. Essa mesma preocupação, aliás, também foi pontuada por outros autores, dos quais se destacam, na doutrina nacional, Alexandre Morais da Rosa<sup>873</sup>, Aury Lopes Junior<sup>874</sup>, Rubens Casara, Antonio Pedro Melchior<sup>875</sup>, Mauro Fonseca Andrade<sup>876</sup>, Clara Maria Roman Borges<sup>877</sup> e Gustavo Noronha de Ávila<sup>878</sup>; e,

---

<sup>872</sup> Em sentido aproximado: AMBOS, Kai. Ob. cit., p. 49.

<sup>873</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Ob. cit., p. 57.

<sup>874</sup> LOPES JR. Aury. (Re) Pensando os Sistemas Processuais em Democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. In: **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal – IBRASP**. Ano 03, nº 05, 2013/02, pp. 34-36.

<sup>875</sup> CASARA, Rubens. R.R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro. Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais. Volume I**, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013, pp. 101-103.

<sup>876</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Ob. cit., pp. 53 e ss. e pp. 454 e ss..

na doutrina estrangeira, dentre outros, Rui Cunha Martins<sup>879</sup>, Teresa Armenta Deu<sup>880</sup>, Juan Montero Aroca<sup>881</sup>, Juan Luis Gómez Colomer<sup>882</sup>, Pietro Costa<sup>883</sup>, Giulio Ubertis<sup>884</sup>, John D. Jackson<sup>885</sup>, Mirjan Damaska<sup>886</sup>, Cándido Conde-Pumpido Tourón<sup>887</sup> e Lorena Bachmaier Winter<sup>888</sup>. Esta última assim refere à questão:

*Num momento em que os convênios internacionais, os textos constitucionais e a doutrina dos tribunais, tanto nacionais quanto internacionais, lograram uma ampla compreensão do significado das garantias processuais e especificamente das garantias que devem ser respeitadas no processo penal, tem pouco interesse recorrer ao termo “acusatório” como ícone de todos os avanços. Concordo nisto com Montero, que qualifica o termo acusatório como “slogam político” e com Gómez Colomer, quando põe em relevo como uma concepção comum das garantias faz com que os modelos processuais não diferenciem substancialmente. Quem sabe tenha chegado o momento de desmitificar o conceito de acusatório como paradigma de “fairness” e de igualdade.*<sup>889</sup>

<sup>877</sup> BORGES, Clara Maria Roman. Um Olhar para Além dos Sistemas Processuais Penais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 21, nº 104. São Paulo: Thomson Reuters, RT, setembro-outubro de 2013, pp. 147-171.

<sup>878</sup> ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013, pp. 23 e ss..

<sup>879</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. Ob. cit., pp. 92 e ss.

<sup>880</sup> ARMENTA DEU, Teresa. **Estudios de Justicia Penal**. Ob. cit., pp. 29-30 e pp. 71 e ss..

<sup>881</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político*. In: **Prueba y Proceso Penal. Analises especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado**. Ob. cit., pp. 17 e ss.

<sup>882</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Prólogo. In: **Prueba y Proceso Penal. Analises especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado**. (Coordenador). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 10.

<sup>883</sup> COSTA, Pietro. *Il Modello Accusatorio in Italia: fra “Attuazione della Costituzione” e mutamenti di paradigma*. Ob. cit.

<sup>884</sup> UBERTIS, Giulio. **Principi di Procedura Penale Europea: le regole del giusto processo**. 2ª ed., Milano: Raffaello Cortina, 2009, p. 07 e UBERTIS, Giulio. **Sistema di Procedura Penale I. Principi Generali**. 3ª ed., Torino: UTET, 2013, pp. 13-14 e pp. 18-19 e ss..

<sup>885</sup> JACKSON, John D. Ob. cit., pp. 737-764.

<sup>886</sup> DAMASKA, Mirjan. R. Ob. cit., p. 05.

<sup>887</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN. Cándido. *La Reforma del Proceso Penal, Nuevas Fórmulas para la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. In: **Iuris: actualidad y práctica del derecho**. Nº 56, Madrid: La Ley, dezembro 2001, pp. 23-33, p. 25, disponível em <http://revistas.laley.es/content/Revista>, acesso em 16 de janeiro de 2014.

<sup>888</sup> WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio versus Inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal*. In: **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Lorena Bachmaier Winter (coordenação), Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, pp. 11-48.

<sup>889</sup> WINTER, Lorena Bachmaier. Ob. cit., p. 46. Tradução nossa. No original, em espanhol: “En un momento en el que los convênios internacionales, los textos constitucionales y la doctrina de los tribunales, tanto nacionales como internacionales, han logrado una amplia comprensión del significado de las garantías procesales, y específicamente de las garantías que han de respetarse en el proceso penal, tiene ya probablemente poco interés recurrir al término “acusatorio” como icono de todo los

Mesmo assim, para os padrões brasileiros de dificuldade de implementação de um processo penal orientado constitucionalmente, ainda é importante se manter filiado à ideia do sistema acusatório. Resta apenas definir em que parâmetros de compreensão ele deve se orientar.

Destarte, considerando remeter a construção dos discursos doutrinários, invariavelmente, a uma retrospectiva histórica da “evolução” (*sic*<sup>890</sup>) do processo penal ao longo dos tempos, para demonstrar como essa opção é reducionista e não merece ser radicalizada e, muito menos, incorporada de forma direta na legislação processual penal brasileira sem dados adicionais que a delimitem, revisitam-se, aqui, como os diversos modelos de processo penal conviveram, como se sobrepuseram e como oscilaram ao longo da história, tanto no curso das fontes de pesquisa histórica que os positivistas do século XIX possuíam, quanto para além delas (novas fontes de compreensão da história foram descobertas desde então), o que, em grande medida, remete à própria história da humanidade ocidental. Não é demais registrar a não adoção de uma visão linear e evolutiva dos “sistemas” na história, mas o trabalho com os regramentos e práticas de época, com o cuidado para se não deixar influenciar pela falha clássica da abordagem histórica, ou seja, a de procurar um fio condutor único e crescente, da antiguidade aos dias de hoje.

---

*avances. Coincido en esto con Montero, quien califica el término acuastorio como “eslogan político”, y con Gómez Colomer, cuando pone de relieve como una común concepción de las garantías hace que los diferentes modelos procesales no difieran sustancialmente. Quizás haya llegado el momento de desmitificar el concepto de acusatorio como paradigma de la “fairness” y de la igualdad.”*

<sup>890</sup> É evidente que não existe uma “evolução” natural dos processos, como alguns autores dão a entender. Não é possível pautar o discurso numa construção histórica no estilo do “continuismo crescente”, não levando em conta o alerta que hoje pontua Paolo Grossi (GROSSI, Paolo. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Tradução do italiano de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 43), no sentido de que, ao não estar atento à constante “continuidade/descontinuidade”, incorre-se no problema mais grave da investigação histórica. Vale aqui também a crítica deste estilo de “construção” de um discurso, destacada, dentre outros, por HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 200., p. 54: *Para aqueles que tinham contacto com a historiografia geral mais moderna, nomeadamente com o movimento dos Annales, a falta de distanciamento histórico era naturalmente chocante. Mas tornava-se ainda mais, quando se analisava a política implícita nesta historiografia “da continuidade”. Com efeito, a ideia de uma continuidade, de uma genealogia, entre o direito histórico e o direito do presente era tudo menos inocente, do ponto de vista das suas consequências no plano da política do saber (jurídico).*

### Seção III - A seleção arbitrária e anacrônica dos critérios construtores do discurso de sistemas processuais no século XIX.

*Quem daqui a 50 ou 100 anos ler a história dessas tribos, escrita hoje, não somente achará que essa história é antiquada, porque entrementes sabe mais ou interpreta as fontes mais corretamente. Ele também pode admitir que no ano de 1960 liam-se as fontes de modo diferente, porque se estava motivado por outras questões, por outros pressupostos e interesses.*

(HANS-GEORG GADAMER)<sup>891</sup>

Analisando inúmeras obras doutrinárias que procuram enfrentar a questão, constata-se ser esse tema, como regra, tratado pela doutrina de forma absurdamente superficial e, assim, não pode ser considerado como o verdadeiro “estudo dos sistemas”. Em alguns casos, as abordagens parecem, para dizer o mínimo, meras cópias do que algum doutrinador ousou definir no passado.

Um exercício interessante é observar o proceder de muitos doutrinadores brasileiros, particularmente autores de Manuais ou de Códigos Comentados<sup>892</sup>, os quais, inclusive, de alguns anos para hoje, vêm sendo muito utilizados como referências doutrinárias em diversos Acórdãos de Tribunais no Brasil – e mesmo de alguns estrangeiros – sem sequer mencionar suas fontes de pesquisa em notas de rodapé, dando a impressão de que desenvolvem o assunto como se fossem autodidatas e tivessem sido os criadores do pensamento ali desenvolvido. Muitas

<sup>891</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 18.

<sup>892</sup> A exemplo do que se lê em NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 4ª ed., São Paulo: RT, 2008, p. 109. Nucci “explica” o sistema inquisitório em **cinco linhas (!)**, sem citar qualquer fonte de pesquisa, dizendo, literalmente: “**Sistema inquisitivo**. É caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa.”. Em seguida, **em seis linhas (!)**, ainda sem citar qualquer fonte, assim refere ao sistema acusatório: “**Sistema acusatório**. Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.”

vezes fica claro que estão apenas repetindo fórmulas alheias de maneira irrefletida e, pior, como dito, sem citar as fontes.

Essa falta de cuidado passa a provocar na doutrina em geral certa amarração dicotômica, vindo a deixar pouca margem para o intérprete, isto é, na exegese das regras, o discurso fica, em grande medida, centralizado na síntese: ou o sistema é acusatório ou é inquisitório, como se fossem seres “dados”, para usar a expressão de Heidegger<sup>893</sup>. Também é verdade optarem alguns por uma terceira via referindo ao “sistema misto” (também chamado de “reformado”, ou “napoleônico”<sup>894</sup>) no qual uma “parte” do processo seria inquisitória e “outra parte” seria acusatória, admitindo, portanto, a possibilidade de um “sistema” ser “misto”, vindo a fugir, de consequência, do conceito kantiano predominante da ideia de “sistema”<sup>895</sup>, passando a representar uma *contradictio in terminis*. Sucede que mesmo esses poucos defensores de um “sistema misto” continuam laborando a partir da dicotomia: acusatório *versus* inquisitório, argumentando ser a primeira fase do rito seria inquisitória e a segunda fase acusatória.

Analisando as fontes de pesquisa dos doutrinadores historicamente mais recentes (do século XIX até hoje<sup>896</sup>), percebe-se que eles costumam se valer, essencialmente, das obras italianas de Giovanni Carmignani (1832)<sup>897</sup>, de Enrico Pessina (1868 e 1912)<sup>898</sup> e de Francesco Carrara (1902)<sup>899</sup> e, com menor frequência,

<sup>893</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit. p. 481.

<sup>894</sup> Porque seria fruto do *Code d'Instruction Criminelle* de Napoleão, de 1808.

<sup>895</sup> Vide, sobre o tema: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. Ob. cit., pp. 16-17. Vide, também: GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Ensaio em busca dos sistemas processuais penais. In: **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Ano 10, nº 18, Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2010, pp. 235-271.

<sup>896</sup> Desde, por exemplo, MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I**, Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín, Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 1996, p. 17; e por LEONE, Giovanni. Ob. cit., p. 22 e ss., até os mais contemporâneos como CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Tradução para o espanhol de Jorge Guerrero, Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, p. 21 e tantos outros, inclusive praticamente todos os brasileiros.

<sup>897</sup> CARMIGNANI, Giovanni. **Teoria delle leggi della sicuritezza sociale**, Tomo IV, Pisa: Fratelli Nistri, 1832. Obra digitalizada e publicada na íntegra na página [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 30.04.2009.

<sup>898</sup> PESSINA, Enrico. **Storia delle leggi sul procedimento penale**. Napoli: Dott. Pirro Pirrone, Editore, 1912.

<sup>899</sup> CARRARA, Francesco. **Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale,, Vol. II**, 9ª ed., Firenze: Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, 1902.

também de alguns autores franceses, a exemplo de Faustin Hélie (1845)<sup>900</sup> e Adhemar Eismein (1882)<sup>901</sup>, bem como de doutrinadores alemães do mesmo período, a exemplo de Paul Johann Anselm Ritter Von Feurbach (1801<sup>902</sup> e 1846<sup>903</sup>) e Carl Joseph Anton Mittermaier (1834)<sup>904</sup>, como referências doutrinárias de processo penal, cronologicamente posteriores a Kant, a tratar dos processos acusatório e inquisitório.

A maioria dos doutrinadores alemães e franceses acima referidos não trabalhavam ainda com uma ideia de “sistemas” no processo penal, não obstante o discurso dos sistemas e da compreensão histórica do Direito tenha sido praticamente introduzido no início do século XIX, num primeiro momento, pela “Metodologia Jurídica” de Savigny (1802)<sup>905</sup> e, num segundo momento, pela “jurisprudência dos conceitos” de Puchta (1832), apresentando o tema como “formas de procedimento judicial”<sup>906</sup>. A exceção, em termos e na doutrina alemã, é Mittermayer que chega a referir a “duas formas fundamentais de processo”<sup>907</sup> e esclarece que “como o processo criminal se desenvolve segundo um sistema lógico e coordenado em todas as suas partes, segue-se que os princípios, que presidem a produção e apreciação das provas, variam entre si na razão da forma dos processos”<sup>908</sup>. Mittermayer, no entanto, usa como referência expressa de suas colocações a esse respeito a obra de Giovanni Carmignani: “*Teoria*

<sup>900</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code d'Instruction Criminelle. Première partie. Histoire et théorie de la procédure criminelle*. Paris: Charles Hingray Libraire-Editeur, 1845. Versão integral digitalizada e disponibilizada na página [www.archiev.org](http://www.archiev.org), acesso em 07.02.2011.

<sup>901</sup> EISMEIN, Adhemar. *Histoire de la procédure criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours*. Paris: L. Larose et Forcel Libraires-Editeurs, 1882. Versão digitalizada e disponibilizada na página [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 07.02.2011.

<sup>902</sup> FEURBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Tradução para o espanhol da 14ª ed. Alemã (Giesen, 1847), de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, pp. 326 e ss..

<sup>903</sup> FEURBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Narratives of Remarkable Criminal Trials*. Traduzido do alemão para o inglês por Lady Duff Gordon. New York: Harper & Brothers, Publishers, 1846. Texto integral digitalizado e disponibilizado na página [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 14.02.2011.

<sup>904</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Ob. cit., p. 33.

<sup>905</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia Jurídica*. Tradução de Heloísa da Graça Buratti, São Paulo: Rideel, 2005. Sobre o tema vide também LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Ob. cit., p. 10.

<sup>906</sup> FEURBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Tradução para o espanhol da 14ª ed. Alemã (Giesen, 1847), de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, pp. 326 e ss..

<sup>907</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Ob. cit., p. 33.

<sup>908</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Ob. cit., p. 34.

*delle leggi della sicuritezza sociale*”, publicada em 1832<sup>909</sup>, por ele considerada a melhor nesse ponto:

*De todos os autores modernos o que desenvolveu mais profundamente os princípios da teoria legal da prova, foi Carmignani, que ocupou-se, em seu livro, com a comparação dos dois caminhos opostos que conduzem à verdade: um, puramente instintivo, que o homem segue, partindo do senso íntimo e inato; o outro traçado pela ciência e baseado sobre a observação experimental, e que também decide, estabelecida a referida comparação, que existe na economia da prova, bem regulada pela lei, as melhores garantias para a equidade dos julgamentos.*<sup>910</sup>

Com efeito, das três referências italianas clássicas e das demais obras de referência europeias da época, a mais antiga e mais profunda análise dos denominados sistemas processuais penais é encontrada justamente na referida obra de Giovanni Carmignani. Fortemente influenciado pelo discurso positivista (com citações que vão de Montesquieu a Gianbatista Vico – *Principi di Scienza Nuova*<sup>911</sup>) Carmignani parece ser um dos primeiros doutrinadores a estabelecer uma análise mais aprofundada do discurso de dúplice visão de processos (acusatório e inquisitório), traçando aspectos distintivos históricos entre os dois e criticando a ideia de um processo misto. Dos diversos trechos onde Carmignani abordou a distinção dos dois “sistemas”, pautado fortemente pela análise histórica e pelo discurso positivista naturalista do século XIX, destaca-se, pela síntese, o seguinte:

*Dois métodos entre os diversos para a pesquisa e demonstração do verdadeiro se apresentam ao espírito humano: o sintético, e o analítico. O primeiro é assertivo, e cabe admiravelmente à acusação, à qual o princípio político é sempre pronto; o segundo é indagativo, e cabe admiravelmente à pesquisa que o princípio de justiça deseja. Um demonstra aquilo que acredita ser a verdade, o que o princípio político promotor do juízo penal sempre supõe, tem interesse de acreditar sempre e, quanto mais forte seja, mais facilmente converte o interesse em direito. O outro rastreia, examina, separa as aparências da realidade, o errado do verdadeiro, e não o assinala senão ao final de uma lenta e cansativa viagem, o que o princípio de justiça já se*

<sup>909</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Ob. cit., p. 33, nota 131; p. 34, nota 134; p. 35, nota 137; p. 36, nota 142, p. 37, nota 144.

<sup>910</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Ob. cit., p. 33.

<sup>911</sup> CARMIGNANI, Giovanni. Ob. cit., p. 16.



*manifestou ser o próprio voto. Um é um método de composição adaptado a quem se encarrega de apresentar um libelo de acusação. O outro é um método de invenção que poderia desejar-se para descobrir um tesouro escondido adaptado à situação de quem, com uma sentença, deve estabelecer uma verdade de fato e de direito.*

*É, então, na índole do espírito humano, e é coerente à diversidade dos métodos de pesquisar ou de demonstrar uma verdade, a distinção do processo “accusatorio”, assim chamado porque o acusador é quem o move e adere, e o processo “quesitorio” ou “investigatorio”, assim chamado porque o juiz, com base em fundamentos prováveis, institui de ofício a pesquisa da verdade, ou do falso nas notícias que conhece, e que lhe chegam a partir de uma ofensa à segurança social. E também é, ao menos à primeira vista, inegável que isso proporcione, como critério de verdade, maiores garantias jurídicas do que aquele.”<sup>912</sup>*

Vê-se, de início, que Carmignani considera o método do juiz inquisidor melhor que o método acusatório para se chegar numa “verdade”. De fato, baseia sua ideia na crença da possibilidade de se chegar mesmo a uma verdade das coisas, dizendo que o método inquisitório proporciona “como critério de verdade, maiores garantias jurídicas” do que o acusatório. Seja como for, o que é mais relevante em sua análise é que, mais adiante, partindo dessas premissas e depois de analisar o valor que se possa atribuir à confissão e às testemunhas como meios de prova, Carmignani sustentou ser possível identificar um “sistema” a partir da seleção de trechos das práticas judiciárias antigas do século XIII:

---

<sup>912</sup> CARMIGNANI, Giovanni. Ob. cit., pp. 31 e 32, tradução nossa. No original, em italiano: “Due metodi tra loro diversi per la ricerca e la dimostrazione del vero si presentano allo spirito umano: il sintetico, e l’analitico: il primo è assertivo, e quadra mirabilmente all’accusa, a cui il principio politico è pronto sempre: il secondo è indagativo, e quadra mirabilmente alla ricerca che il principio di giustizia desidera: l’uno dimostra ciò che crede essere la verità, lo che il principio politico promotore del giudizio penale suppone sempre, ha interesse di creder sempre, e, quanto più forte è, più facilmente converte l’interesse in diritto: l’altro rintraccia, esamina, separa le apparenze dalla realtà, l’erroneo dal vero, nè lo segnala se non alla fine d’un lento, e faticoso viaggio, lo che il principio di giustizia ha già manifestato essere il proprio voto: l’uno è un metodo di composizione adattato a chi s’incarica di presentare un libello d’accusa: l’altro è un metodo d’invenzione qual potrebbe desiderarsi per scuoprire un ascoso tesoro adattato alla situazione di chi con una sentenza deve stabilire una verità di fatto e di diritto. È dunque nelle indole dello spirito umano, ed è coerente alla diversità de’metodi di rintracciare, o di dimostrare una verità la distenzione del processo “accusatorio” detto così perchè l’accusatore lo muove e asserisce, e il processo “quesitorio o investigatorio” detto così perchè il giudice sopra fondamenti probabili istituisce di proprio ufficio la ricerca del vero, o del falso nelle notizie che acquisca e gli giungono d’un offesa della sicurezza sociale; ed è del pari, almeno a prima vista, innegabile che questo fornisca come criterio di verità maggiori guarentigie giuridiche che non quello”

*Estas observações parecem confirmar que as probabilidades judiciárias formam um corpo de ciência; que nos livros dos práticos estão contidos os dados necessários a dar-lhes um sistema, e que não falta nada quando se queira diretamente decidir a sorte dos acusados, senão um trabalho, o qual coordenando regras esparsas, que nos livros dos práticos encontram-se jogadas as bases deste sistema científico, o qual não pode surgir todo de uma vez, mas pode, recolhendo progressivamente os casos decididos pelos seus verdadeiros caracteres, chegar um dia à sua maior perfeição.*<sup>913</sup>

Esse trecho, acima destacado, é bastante interessante, pois revela como se deu a construção doutrinária de Carmignani a respeito dos “sistemas”. A preocupação de Carmignani, muito própria de seu tempo, de dar um ar de cientificidade ao discurso do processo penal à luz dos sistemas, é patente. Vale destacar que, como ele mesmo explica, somente com a “coordenação de regras esparsas” é que ele foi capaz de identificar um “sistema”, ainda que tenha admitido que este “não pode surgir todo de uma vez, mas pode, recolhendo progressivamente os casos decididos pelos seus verdadeiros caracteres, chegar um dia à sua maior perfeição”. Essa passagem é sintomática da seleção arbitrária de dados que Carmignani considerou como necessários para, conjugados, formar o que ele acreditava ser um “sistema” e revela todo o anacronismo de sua construção. Mas, frise-se, não há como evidenciar que, na época dos documentos consultados por Carmignani, os sistemas tenham sido, de fato, pensados *a priori*, com base em ideias fundantes e unificados por princípios. Não foi assim que as coisas se deram ao longo dos tempos.

Mesmo com essa pretensão de encontrar um “sistema” nas práticas judiciárias de então, Carmignani admitiu a existência de fortes distinções entre o que ele denominou serem os processos acusatórios “antigo e moderno”:

*O processo acusatório da Roma antiga não se parece com aquele da moderna Inglaterra, a não ser nas partes, sem as quais nem um, nem outro processo teria podido ser*

---

<sup>913</sup> CARMIGNANI, Giovanni. Ob. cit., p. 175, tradução nossa. No original, em italiano: “Queste osservazioni sembrano confermare che le probabilità giudiciale formano un corpo di scienza: che ne’ libri de’ pratici si contengono i dati necessari a darle un sistema, e che altro non manca ove si voglia rettamente decidere della sorte degli accusati se non un lavoro, il quale coordinando le sparse regole, che ne’ libri dei pratici incontransi getti le basi di questo sistema scientifico, il quale non può sorgere tutto in un tratto, ma può, raccogliendo progressivamente pe’ loro veri caratteri i casi decisi, giungere un giorno alla sua maggior perfezione.”

acusatório. O caráter distintivo deste processo é que a sociedade não tome parte alguma, e que tendo o seu primeiro impulso no povo, tenha no povo o seu último respiro. (...)

Tanto no processo inglês como no romano não existe acusador público: característica sem a qual o processo não existe. Mas as diferenças entre os dois processos começam a aparecer nos seus princípios. O acusado em Roma, ao menos pelo direito ordinário, não ficava nunca em condições inferiores ao seu acusador; na Inglaterra o acusador tem uma força enorme sobre o acusado, o qual, ainda que não citado, somente em razão de sua afirmação, perde a sua liberdade, expediente este que tem sua causa e sua origem no interesse que o Rei toma à punição do delito tão logo tenha sido apresentada a acusação, e na exclusão de qualquer dispositivo ou estabelecimento de polícia, de modo que não é lícito aos agentes da força pública prender alguém, exceto no caso de flagrante delito. (...)

Os Romanos, mais próximos da infância da sociedade que os Ingleses, não somente avistaram no processo penal uma guerra entre o acusador e o réu, mas pouco a pouco a converteram numa ação dramática, na qual o réu, não obstante pudesse amolecer e comover o juiz, não tinha a menor parte: a mais esplêndida parte tinham os oradores, do que advêm que o Foro de Roma, por conta do ceticismo da nova academia, foi um campo de batalha no qual a força da palavra e os estratagemas retóricos muitas vezes decidiram a vitória.

O processo inglês oferece a cada ato a austeridade da linguagem da religião, e da “consciência”, e o objetivo, não que o consiga, de alcançar tocar a “verdade absoluta”.<sup>914</sup>

E complementou essa análise crítica com referência ao uso da linguagem, que pode ser compreendida até mesmo como “inquisitória”, fazendo-o em nota de rodapé que merece destaque:

---

<sup>914</sup> CARMIGNANI, Giovanni. Ob. cit., pp. 237 e ss., tradução nossa. No original, em italiano: “Il processo accusatorio di Roma antica non somiglia a quello della moderna Inghilterra, che nelle parti; senza le quali nè l'uno nè l'altro processo avrebbe potuto essere accusatorio. Il distintivo carattere di questo processo è che la società non vi prende parte veruna, e che avendo il suo primo impulso nel popolo abbia nel popolo l'ultimo suo respiro. (...) Il processo inglese come il romano non ha pubblico accusatore: carattere senza del quale processo accusatorio non vi è. Ma le differenze de' due processi incominciano a scorgersi nel loro principio. L'accusato a Roma, almeno per dritto ordinario, non veniva mai inferiore di condizioni al suo accusatore: in Inghilterra l'accusatore ha una enorme forza sull'accusato, il quale sulla sua sola asserzione, non che esser citato, perde la sua libertà, espedito il quale ha la sua causa, e la sua origine nell'interesse, che il Re prende alla punizione del delitto appena n'è stata presentata l'accusa, e nella esclusione d'ogni ordigno o stabilimento di polizia: dimodochè non è lecito agli agenti della forza pubblica di arrestare alcuno tranne il caso di flagrante delitto.(...) I Romani più vicini alla infanzia della società che l'Inglesi nol sono ravvisarono nel processo penale una guerra tra l'accusatore, ed il reo, ma grado a grado la convertirono in un'azione drammatica, nella quale il reo con quanto poteva intenerire, e commuovere il giudice, non ebbe la minor parte; la più splendida ve l'ebbero gli oratori, dal che avvenne che il Foro di Roma in preda allo setticismo della nuova accademia fu un campo di battaglia nel quale la forza della parola, e gli strattagemmi retorici spesso decisero della vittoria. Il processo inglese offre ad ogni atto l'austero linguaggio della regione, e della “coscienza”, e lo scopo, non che la lusinga, di giungere a toccare il “vero assoluto””

*Chama-se “Verdictum” a sentença do Jury segundo a antiga formula (...). O depoimento da testemunha é chamado com frase legal de “evidência” (...). A fórmula que a lei dirige aos jurados é que eles devem julgar segundo a sua “consciência” e a “verdade” (...) O grande Jury declara “verdadeira” a acusação (...) Tudo se exprime com o tom assertivo e dogmático da acusação.*<sup>915</sup>

Como se vê, portanto, o próprio Carmignani indicou uma diferença entre dois “modelos” de processos acusatórios, o romano antigo e o inglês “moderno”. Apontou, inclusive, características consideradas pela doutrina, hoje, como “inquisitórias”, ao modelo inglês de júri, pois ele busca um “*verdictum*” (do latim: “dizer a verdade”). “Ensinava”, como visto, que os jurados deveriam julgar de acordo com sua “consciência” e “verdade”. Nada mais positivista e solipsista e, nessa medida, nada mais “inquisitório”, pela preferência dada aos pré-conceitos e pré-juízos, aos achismos e, assim, ao decisionismo que costuma caminhar para o arbítrio.

Na seqüência de sua obra Carmignani fez o mesmo discurso crítico do processo inquisitório, indicando alterações promovidas pelo legislador Toscano no século XVIII na construção do que chamou de “moderno processo inquisitório”, finalizando por tecer uma comparação preferencial que, aos doutrinadores atuais, soaria no mínimo estranha, pois considerou o processo inquisitório menos repressivo – e, portanto, melhor (!?) – que o processo acusatório (quando hoje, o que se prega, é exatamente o inverso...):

*Caso se reflita que o processo acusatório moderno agiu até aqui sob o reino da pena de morte e que o moderno processo inquisitório agiu longamente na Toscana sob o reino das penas reparatórias, não será difícil estabelecer qual dos dois métodos, chamados a dar conta do que fizeram ao tribunal da humanidade e da justiça, sairá com maior glória, e com a consciência mais tranqüila daquela censura*<sup>916</sup>.

<sup>915</sup> CARMIGNANI, Giovanni. Ob. cit., p. 243, tradução nossa. No original, em italiano: “*Verdictum chiamasi la sentenza del Jury secondo l’antica formula (...) Il deposto del testimone è chiamato con frase legale “evidenza” (...) La formula, che la legge dirige ai giurati è che essi debbano giudicare secondo la loro “coscienza”, e la “verità” (...) Il grande Jury dichiara “vera” l’accusa (...) Tutto si esprime col tuono assertivo, e dommatico dell’accusa.*”

<sup>916</sup> CARMIGNANI, Giovanni. Ob. cit., p. 280. Tradução nossa. No original, em italiano: “*Se si rifletta che il processo accusatorio moderno ha agito fin qui sotto il regno della pena di morte, e che il moderno processo inquisitorio ha agito lungamente in Toscana sotto il regno di riparabili pene, non sarà difficile*

Mesmo com essas importantes advertências de Carmignani, o qual também teceu outras críticas à ideia de se poder ter um “sistema misto”, a doutrina construiu os pretensos modelos ideais os apresentando como absolutamente antagônicos entre si, irrefletidamente enaltecendo um e criticando outro, como se continua a expor.

Depois de Carmignani, a fonte doutrinária de pesquisa daqueles autores de manuais de processo penal e outros escritos correlatos, nos séculos XIX em diante, foi Enrico Pessina (1868), seguidamente citado como referência. No texto de Pessina também se percebe, pela segunda vez (a primeira, como visto, foi em Carmignani), a adoção da palavra “sistema” como a designar os “modelos” antigos de iniciativa procedimental (inquisitório e acusatório). Das obras de Pessina, mais precisamente na análise que faz do Código da Ilha de Malta, de 1847, se extrai a seguinte passagem reveladora da ideia de que, para ele, o sistema seria “misto”:

*Mas aquilo que dá uma grande importância a este código e faz dele um dos melhores monumentos legislativos é o procedimento judiciário, fundado sob o sistema inglês, com modificações que o aproximam do sistema escocês de juízo definitivo, e às regras dos códigos italianos sobre a instrução das provas. O procedimento não é puramente acusatório, mas misto, estabelecendo o instituto do Ministério Público e a instrução nos crimes graves. Mas o processo acusatório é de todo separado do instrutório, porque nos atos de instrução o advogado da Coroa não tem qualquer espécie de ingerência. O exercício do seu poder começa quando os atos lhe são transmitidos pelo poder instrutório.<sup>917</sup>*

Noutro texto – *Storia delle leggi sul procedimento penale* - Enrico Pessina apontou a identificação dos três “sistemas”. Entende-se relevante trazer aqui a transcrição literal dessa passagem, pois a organização apresentada por Enrico Pessina acabou representando a base dos discursos doutrinários posteriores, inclusive os atuais:

---

*stabilire quale de' due metodi chiamati al tribunale della umanità e della giustizia a render conto del loro operato escirà con gloria maggiore, e con più tranquilla coscienza da quella censura.”*

<sup>917</sup> PESSINA, Enrico. **Dei Progressi Del Diritto Penale in Italia nel Secolo XIX**. Firenze: Stabilimento Civelli, 1868, pp. 84 e 85, tradução nossa.

A História do Direito nos apresenta três sistemas fundamentais do processo penal. Um é o **sistema acusatório**, o outro é o **inquisitório**, e o último é aquele que, partindo dos princípios de um de do outro, é dito **sistema misto** ou **processo dúplice**.

I. O **sistema acusatório**, na sua essência, responde à índole de todos os juízos, isto é, ser uma disputa entre duas partes opostas, resolvida pelo juiz (...)

As normas por ele consagradas são as seguintes:

- a) A acusação é livre a qualquer pessoa; mas não existe juízo sem acusação. Assim, faltando esta, o Estado não pode proceder.
- b) O **juiz** deve ser livremente aceito pelos jurisdicionados (“*nemo iudex nisi qui inter adversários convenisset*”).
- c) O juiz não pode indagar por si, mas deve limitar-se a examinar as provas produzidas, para então decidir “*juxta alligata et probata*”.
- d) Este exame do juiz tem três condições essenciais:
  - 1º **contraditório** das partes, das quais, portanto, torna-se essencial a presença em juízo;
  - 2º **exame imediato** dos documentos e das testemunhas por parte do juiz que deve pronunciar;
  - 3º **publicidade** dos debates.

II. O **sistema inquisitório** é fundado sob as normas abaixo:

- a) O Estado, em nome do direito social, procede “*ex officio*” às perguntas, ao acerto, à punição do delito.
- b) O **juiz** é instituído pela Soberania do Estado para procurar a **verdade de fato** e a **verdade de direito**.
- c) O juiz não é limitado às provas indicadas pelas partes, mas pode e deve por si indagar e examinar a verdade.
- d) O fundamento do pronunciamento é o exame da prova sob a dúplice norma da **escritura** e do **segredo**.
- e) Como freios ao arbítrio do juiz existem três instituições:
  - 1º. a **prova**, regulada pela lei na sua fonte;
  - 2º. o **duplo grau de jurisdição**, diante do apelo da sentença de um juiz inferior ao pronunciamento de um juiz superior;
  - 3º. a **ineficácia jurídica**, ou **nulidade** dos atos, onde ocorra ilegalidade na constituição do juiz, ou **inobservância** das formas substanciais do rito, ou **violação da lei penal** a ser aplicada aos fatos acertos.

III. O **sistema misto** funde num organismo complexo os elementos do sistema acusatório e aqueles do sistema inquisitório (...) (negritos no original)<sup>918</sup>

<sup>918</sup> PESSINA, Enrico. **Storia delle leggi sul procedimento penale**. Napoli: Dott. Pirro Pirrone, Editore, 1912, pp. 06 a 08, tradução nossa. No original, em italiano:

Interessante observar que a base do discurso de Enrico Pessina para construir seu modelo de sistema inquisitório, é composta, dentre outras, essencialmente pelo conjunto de regras compiladas por Alfonso X, no século XIII, denominada “*Siete Partidas*” e pelas obras de Alberto da Gandino e Angelo Aretino, conforme se constata do próprio texto de Pessina:

*O código das “Partidas”, na Espanha, aceitou como Direito comum a observância do processo inquisitório.*

*ALBERTO GANDINO, no seu Tratado, reconhece como plenamente recebido na prática dos juízes penais o procedimento inquisitório segundo o sistema canônico. Os juízes foram levados a instituir nas suas províncias as inquisições gerais, provocando todos a denunciar os delitos que fossem de seu conhecimento.*

---

*La Storia del Diritto ci presenta tre sistemi fondamentali del processo penale. L'uno è il **sistema accusatorio**, l'altro è l'**inquisitorio**, e l'ultimo è quello che, partecipando dei principii dell'uno e dell'altro, dicesi **sistema misto** o **duplice processo**.*

*I. Il **sistema accusatorio**, nella sua essenza, risponde all'indole di tutti i giudizi, cioè di essere una contesa fra due parti opposte, risolta dal giudice; (...)*

*Le norme da Esso consacrate sono le seguenti:*

- a) L'accusa è libera a ciascuno; ma non vi è giudizio senza accusa; sicchè, mancando essa, lo Stato non può procedere.*
- b) Il **giudice** deve essere liberamente accettato dal giudicabile (“nemo iudex nisi qui inter adversários convenisset”).*
- c) Il giudice non può indagare da sé, ma dee limitarsi ad esaminare le prove allegate, per così decidere “juxta alligata et probata”.*
- d) Questo esame del giudice ha tre condizioni essenziali:*
  - 1º **contraddizione** delle parti, delle quali perciò diviene essenziale la presenza nel giudizio;*
  - 2º **esame immediato** dei documenti e delle testimonianze da parte del giudice che dee pronunciare;*
  - 3º **pubblicità** del dibattimento.*

*II. Il **sistema inquisitório** è fondato sulle norme infrascritte:*

- a) Lo Stato, in nome del diritto sociale, procede “ex officio” all'indagine, all'accertamento, alla punizione del delitto.*
- b) Il **giudice** è istituito dalla Sovranità dello Stato per ricercare la **verità di fatto** e la **verità di diritto**.*
- c) Il giudice non è limitato alle prove indicate dalle parti, ma può e deve da sé indagare ed esaminare il vero.*
- d) Il fondamento del pronunciato è l'esame della prova sulla duplice norma della **scrittura** e del **segreto**.*
- e) Come freni all'arbitrio del giudice vi há tre istituzioni:*
  - 1º la prova, regolata dalla legge nella sua fonte;*
  - 2º il **duplice grado di giurisdizione**, mercé l'appello dalla sentenza di un giudice inferiore al pronunciato di un giudice superiore;*
  - 3º la **inefficacia giuridica**, o **nullità** degli atti, ove accada illegalità nella costituzione del giudice, o **inosservanza** delle forme sostanziali del rito, o **violazione della legge** penale da applicare ai fatti accertati.*

*III. Il **sistema misto** fonde in un organismo complesso gli elementi del sistema accusatorio e quelli del sistema inquisitório (...)*

*E BARTOLO e ANGELO ARETINO e IPPOLITO MARSIGLI considerarono come obbligados, sob responsabilidade penal, a denunciare os delitos que tivessem ouvido e garantir a veridade das suas denúncias (...)*<sup>919</sup>

Confrontada essa análise de Pessina com os textos originais das fontes por ele referidas, o resultado e as conclusões por ele extraídas não são exatamente fiéis às fontes, como se poderá ver mais adiante.

Depois de Pessina se encontra outro autor seguidamente referido como base da doutrina moderna de processo penal. Trata-se de Francesco Carrara, com seu famoso *Programma del Corso di Diritto Criminale*, também escrito na Itália, em 1875<sup>920</sup>. Ao que consta, ao lado de Carmignani e de Pessina, Carrara também veio a ser o grande responsável pela divisão em modelos ideais (ele mesmo usou a expressão “processo acusatório puro”<sup>921</sup>, com apresentações que hoje são sintetizadas naquele quadro comparativo de Barreiros, como antes destacado, não obstante também tenha tratado do processo misto). De fato, no Volume II, da Parte Geral do Programa, Carrara estabeleceu os critérios definidores do “sistema acusatório”, ao afirmar:

*As características especiais desta forma são:*

- 1ª) A plena publicidade de todo o procedimento.*
- 2ª) A liberdade pessoal do acusado, até a condenação definitiva.*
- 3ª) A igualdade absoluta de direitos e de poderes entre o acusador e o acusado.*
- 4ª) A passividade do juiz ao recolher provas, sejam para incriminar ou para absolver (“carico” ou “discarico”).*
- 5ª) A continuidade dos atos.*

<sup>919</sup> PESSINA, Enrico. **Storia...**, pp. 77 e 78. Tradução nossa. No original, em italiano: *Il codice delle “Partidas”, in Ispagna, accettò come Diritto comune l’osservanza del processo inquisitorio. ALBERTO GANDINO, nel suo Trattato, riconobbe come pienamente ricevuto nella pratica dei giudizi penali il procedimento inquisitorio secondo il sistema canonico. I giudici furono tenuti ad istituire nelle loro province le inquisizioni generali, eccitando tutti a denunciare i delitti dei quali conoscessero l’esistenza. E BARTOLO ed ANGELO ARETINO ed IPPOLITO MARSIGLI considerarono come tenuti, sotto penale responsabilità, a denunciare i delitti di cui avessero sentore ed a garantire la verità della loro denuncia.*

<sup>920</sup> CARRARA, Francesco. **Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale,, Vol. II**, 9ª ed., Firenze: Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, 1902. Não é demais registrar que Carrara também se vale, dentre outros, das obras de Christian Thomasius (de 1711) e de Mittermaier (1848) como fonte de pesquisa para a construção do sistema inquisitório.

<sup>921</sup> CARRARA, Francesco. Ob. cit., p.319. Tradução nossa. No original, em italiano: *processo accusatorio puro*.



6ª) A síntese em todo o procedimento<sup>922</sup>

O mesmo Carrara, ao tratar do “sistema inquisitório”, assim se manifestou:

*As características do processo inquisitório são:*

- 1ª) Concurso de denunciantes secretos, que informem o magistrado investigador a respeito dos delitos e dos delinquentes por eles descobertos.
- 2ª) Direção das provas ao pleno arbítrio do juiz.
- 3ª) Instrução escrita, desde o princípio até o fim, e também defesa escrita.
- 4ª) Procedimento constantemente secreto, não somente com respeito aos cidadãos, senão também com respeito ao processado, em cuja presença nada se faz, fora, excepcionalmente, da “confrontatio”, e a quem não se comunica o processo enquanto não esteja terminado e em estado de ser transmitido.
- 5ª) Encarceramento preventivo do processado, e sua absoluta segregação de todo contato com outras pessoas, até o momento da defesa.
- 6ª) Interrupção de atos, como também formulação da sentença à exclusiva vontade do juiz.
- 7ª) ordem analítica até que ocorra a transmissão da inquisição especial.<sup>923</sup>

Carrara ao menos admitiu ter tido dificuldades de pesquisa histórica. Talvez até por falta de tempo, como assumiu de forma supreendente na seguinte passagem de sua obra:

---

<sup>922</sup> CARRARA, Francesco. Ob. cit., pp. 299 e ss.. Tradução nossa. No original, em italiano: *I caratteri speciali di questa forma sono:*

- 1º La piena pubblicità di tutto il procedimento;
- 2º La libertà personale dell'accusato fino alla definitiva condanna.
- 3º La parità assoluta di diritti e di poteri fra l'accusatore e l'accusato.
- 4º La passività del giudice nel raccoglimento delle prove sì a carico come a discarico.
- 5º La continuità di contesto.
- 6º Sintesi in tutto il procedimento.

<sup>923</sup> CARRARA, Francesco. Ob. cit., p. 305 e ss.. Tradução nossa. No original em italiano: *I caratteri del processo inquisitorio sono:*

- 1º Concorso di segreti denunciatori, che informino il magistrato inquirente dei delitti e delinquenti da loro scoperti.
- 2º Direzione delle prove in piena ballia del giudice.
- 3º Istruzione scritta dal principio fino al termine: e così anche difesa scritta.
- 4º Procedimento costantemente segreto, non solo in rapporto ai cittadini, ma anche rapporto al giudicabile stesso, alla cui presenza niente si fa, tranne eccezionalmente la “confrontatio”: ed a cui non si comunica il processo finché non è compiuto, ed in stato di trasmissione.
- 5º Carcerazione preventiva del giudicabile, e sua assoluta segregazione da ogni contatto con altri, fino al momento della difesa.
- 6º Interruzione di atti: e così emanazione di sentenza a tutto agio del giudice.
- 7º Ordine analitico fino alla trasmissione della inquisizione speciale.

*Não vejo como determinar, por documentos seguros, que o processo inquisitório tenha desaparecido completamente de toda a Europa no período precedente ao século treze, ou não permanecesse aqui ou ali alguns traços, especialmente para os delitos menores. Nem mesmo é possível precisar o momento em que este adquiriu dominação universal nas únicas províncias da Itália, nem onde isso acontecesse por lei e onde por costume. Encontro que no ano de 1288, já em Bologna, foi constituído um “Podestà”, o qual inquisitoriamente procedia em qualquer delito, e torturava e infligia as penas também com arbítrio de vida. Para esclarecer este ponto nebuloso seriam necessários olhos e tempo para remexer nos arquivos. Mas eu me permito duvidar que a forma inquisitória não tenha nunca cessado inteiramente e tenha se mantido para as acusações contra a baixa plebe e os mais triviais delitos, e a forma solene dos inquéritos fosse reservada às acusações contra os magnatas e aos processos de maior importância. Não encontro nenhum documento histórico que me assegure que um vilão acusado de furto fosse admitido de fato nas províncias da Itália a purgar-se de uma acusação de furto mediante campeão e duelo. Procurei esclarecer-me sobre isso também falando com amigos e colegas muito eruditos, mas sem sucesso.*<sup>924</sup>

Como visto, faltaram a Carrara “olhos e tempo necessários para remexer nos arquivos”, por isso ele “se permitiu duvidar...”, indo “esclarecer-se” (...) “com amigos e colegas muito eruditos, mas sem sucesso”. Ou seja: do texto do próprio Carrara se percebe que a falta de tempo para a pesquisa, não lhe impediu de duvidar de algumas questões, e tirar dúvidas com “amigos eruditos”, porém “sem sucesso”. Suas conclusões, portanto, estão longe de simbolizar seriedade acadêmica. Parecem mais pautadas por um achismo autorreferente.

---

<sup>924</sup> CARRARA, Francesco..Ob. cit., pp. 302 e 303. Tradução nossa. No original, em italiano: *Non vedo accertabile per sicuri documenti che il processo inquisitorio scomparisse completamente da tutta Europa nel periodo che precedette il secolo decimoterzo, o ne rimassero qua e là alcune traccie, specialmente per delitti minori. Neppure può accertarsi il preciso momento in cui esso acquistò dominazione universale nelle singole provincie d'Italia; nè dove ciò avvenisse per legge e dove per consuetudini. Trovo che nel 1288 già in Bologna era costituito un Podestà, il quale inquisitoriamente procedeva per qualsivoglia delitto, e torturava ed infliggeva le pene anche con arbitrio di vita. A chiarire questo punto nebuloso occorrebbero occhi e tempo per frugare negli archivi. Ma io mi permetto di dubitare che la forma inquisitoria non cessasse mai interamente e si mantenesse per le accuse contra la bassa plebe ed i più triviali reati, e la forma solenne delle Assise fosse serbata alle accuse contro i magnati ed ai processi di maggiore importanza. Non trovo nessun documento storico il quale mi assicuri che un villano accusato di furto si ammettesse di fatto nelle provincie d'Italia a purgarsi da un'accusa di furto mediante campione e duello. Ho cercato d'illuminarmi su ciò anche parlandone con amici e colleghi eruditissimi, ma senza frutto.*

Seja como for, esta espontânea confissão de superficialidade de sua pesquisa facilita a compreensão de equívocos e lacunas identificadas em seu texto ou mesmo a opção por repetir discursos dados por outrem e considerados por ele como certos. Por exemplo: na passagem acima transcrita, não obstante Carrara não tenha revelado a fonte dessa sua referência ao “Podestà” (juiz) de Bologna do ano de 1288, muito provavelmente estava se referindo a Alberto da Gandino, pois a data, o local e a atividade profissional coincidem, conforme o biógrafo de Gandino revela<sup>925</sup>. A atuação de Alberto da Gandino como “Podestà” será tratada mais adiante, ocasião em que se poderão confrontar algumas premissas equivocadas na obra de Carrara.

Repetindo e reforçando esse discurso dicotômico entre os pretensos “sistemas” também se destacam como importantes fontes de referência, na França, as obras de Faustin Hélie, denominada *“Traité de l’instruction criminelle ou Théorie du Code d’Instruction Criminelle. Première partie. Histoire et théorie de la procédure criminelle”*<sup>926</sup>, publicada em 1842, e aquela de Adhemar Esmein, publicada em 1882, sob o título *“Histoire de la procédure criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu’à nos jours”*<sup>927</sup>. As duas são baseadas, em grande parte (notadamente ao tratar do século XIII em diante), na obra do jurista Philippe de Beaumanoir<sup>928</sup> (publicada em 1280). Jean-Marie Carbasse<sup>929</sup> também se refere à obra de Philippe de Beaumanoir, o qual, ao relatar os costumes da região de

<sup>925</sup> GANDINI, Luigi Alberto. **Alberto Da Gandino. Giureconsulto Del Secolo XIII**, Modena: Società Tipografica, 1885, republicada em forma de *fac-simile* por Kessinger Publishing’s, 2010, pp. 36 e 37: .... depois de ter sido Decurião em Cremona no ano de 1287, dois anos depois Alberto era Juiz dos “Maleficci” em Bologna”. Tradução nossa. No original em italiano: ....dopo essere Stato Decurione a Cremona nel 1287, due anni dopo Alberto era a Bologna Giudice ai Maleficci. E também: De um documento do Arquivo de Bologna veremos como Alberto ainda vivia no ano de 1295. Tradução nossa. No original, em italiano: Da un documento dell’Archivio di Bologna vedremo, come Alberto vivesse ancora nel 1295.

<sup>926</sup> HÉLIE, Faustin. **Traité de l’instruction criminelle ou Théorie du Code d’Instruction Criminelle. Première partie. Histoire et théorie de la procédure criminelle**. Paris: Charles Hingray Libraire-Editeur, 1845. Versão integral digitalizada e disponibilizada na página [www.archiev.org](http://www.archiev.org), acesso em 07.02.2011.

<sup>927</sup> EISMEIN, Adhemar. **Histoire de la procédure criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu’à nos jours**. Paris: L. Larose et Forcel Libraires-Editeurs, 1882. Versão digitalizada e disponibilizada na página [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 07.02.2011.

<sup>928</sup> BEAUMANOIR, Philippe de. **Les Costumes de Beauvoisis. Nouvelle édition, publié d’après le manuscrits de la bibiotheque royale**. Paris: Jules Renouard, 1842. Obra integralmente digitalizada e disponibilizada na página [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 07.02.2011.

<sup>929</sup> CARBASSE, Jean-Marie. **Histoire du droit penal et de la justice criminelle, 2ª édition refondue**. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, p. 184.

Clermont-en-Beauvoisis, na França, deu especial destaque ao modelo processual “híbrido”, em que o juiz somente poderia iniciar um processo no caso de tê-lo presenciado (flagrante delito)<sup>930</sup>. Nos demais, dependia da acusação formal externa. Portanto, segundo Philippe de Beaumanoir, o processo penal no século XIII apresentava iniciativas processuais variadas à luz de um eventual flagrante, mas não um “sistema inquisitório” como indicado pelos referidos doutrinadores dos oitocentos.

Seja como for, o que se pode extrair de concreto da doutrina de processo penal contemporânea (ao menos daqueles doutrinadores que revelam suas fontes), é ser ela costumeiramente pautada em visões históricas do passado e com base de pesquisa particularmente nas obras de Carmignani, Pessina e Carrara. Assim, com forte apoio nestes autores, a doutrina passa, de forma mais incisiva, a se referir aos dois<sup>931</sup> pretensos sistemas processuais penais puros, focando sempre em modelos ideais de sistema, olvidando, historicamente, nunca terem eles existido na pretendida forma pura.

#### Seção IV – Referências primitivas à ideia de sistemas processuais penais.

*O processo em Roma é público ou privado, dependendo de o rei proceder de ofício ou esperar a queixa da parte lesada. (THEODOR MOMMSEM)*<sup>932</sup>

*Já se disse que toda história é história contemporânea com uma fantasia. Há alguma verdade nisso. O grande Theodor Mommsen escreveu sobre o Império Romano como um liberal alemão da safra de 48, refletindo também sobre o novo Império Alemão. (ERIC J. HOBSBAWM)*<sup>933</sup>

<sup>930</sup> BEAUMANOIR, Philippe de. Ob. cit., p. 417.

<sup>931</sup> E, por vezes, três, considerando o denominado “sistema misto”.

<sup>932</sup> MOMMSEM, Theodor. **Historia de Roma. Libros I y II. Desde la fundación de Roma hasta la reunión de los estados itálicos**. 2ª ed., tradução para o espanhol de A. García Moreno, Madrid: Turner, 2003, p. 175.

<sup>933</sup> HOBSBAWM, Eric J. O Presente como História: escrever a história de seu próprio tempo. Tradução de Heloísa Buarque de Almeida. In: **Novos Estudos**. São Paulo: CEBRAP, nº 43, novembro de 1995, p. 103-112, p. 103.

A maioria da doutrina que trabalha com os sistemas processuais penais faz esforço para informar a existência da dupla visão desde os primeiros registros históricos da humanidade. Repetindo a “fórmula” apresentada por Carmignani, sintetizam a questão ao dizer que o “sistema acusatório” teria surgido na Grécia Antiga<sup>934</sup>, enquanto o “sistema inquisitório” seria fruto do direito romano antigo<sup>935</sup>. Ainda que se possam encontrar características, aqui ou ali, deste ou daquele modelo, não há como evidenciar a construção de “sistemas” de processo penal em legislações tão primitivas. Não há como, a não ser por ilações ou interpretações forçadas, identificar a ideia fundante e, muito menos, o princípio unificador, como exige o conceito kantiano de sistema. Seja como for, para indicar o que seria aproveitável desta visão e, ao mesmo tempo, revelar ser ela, também aqui, forçada aos propósitos doutrinários e positivistas do século XIX – inseridos, como se sabe, na tentativa de universalizar discursos, de dar ares de cientificidade em todo campo do saber, inclusive no processo penal –, da construção de modelos ideais, abre-se este espaço para tratar do quanto havia de regramento processual penal antes do século XIII, deixando pontuados alguns equívocos de percepção da doutrina dominante.

Já de entrada se parte da constatação de se identificar em qualquer agrupamento de pessoas em início de formação de uma sociedade e que, portanto, procura sair da anomia, a presença do direito retributivo (costuma-se modernamente chamá-lo de “penal”), como uma das primeiras manifestações de resposta aos conflitos do dia-a-dia.

A questão vem bem traduzida pela “insociável sociabilidade” de que fala Kant<sup>936</sup>. Ou seja, o homem é um ser sociável, necessita viver em sociedade, mas, em claro antagonismo, tende agir de forma repulsiva em relação a ela, pensando primeiro em si do que na coletividade. Soma-se aí, a natural agressividade do ser humano que, como

---

<sup>934</sup> Na doutrina estrangeira vide, por todos, FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Ob. cit., p. 111. Na doutrina nacional, vide: KHALED Jr., Salah H. Ob. cit., p. 18.

<sup>935</sup> Na doutrina estrangeira vide, por exemplo: PRADEL, Jean. **Droit Pénal Général**. Paris: Cujas, 12<sup>a</sup> ed., 2006, p. 81. Na doutrina nacional vide: KHALED Jr., Salah H. Ob. cit., p. 12.

<sup>936</sup> KANT, Immanuel. **Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Org. Ricardo R. Terra. Tradução de Rodrigo Naves e Ricardo R. Terra. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 08.

explica Freud em “O Futuro de uma Ilusão”<sup>937</sup>, só pode ser contida na civilização, mediante o controle de uma minoria: “É tão impossível passar sem o controle da massa por uma minoria, quanto dispensar a coerção no trabalho da civilização...”<sup>938</sup>. O ser humano tem, portanto, uma constituição tanatológica, como coloca Roberto Esposito<sup>939</sup>. Ou seja, a convivência em sociedade, que se reputa necessária, aliada ao individualismo egoístico do ser humano, leva-o, naturalmente, ao conflito<sup>940</sup>.

Vem, assim, o “direito penal” a ser chamado como solução inaugural para os problemas, não obstante, nesse patamar primitivo, sua aplicação praticamente prescindisse de um regramento procedimental, sendo aplicado de forma imediata<sup>941</sup>, visto mesmo como necessário ao mínimo de condição para convivência mais harmônica possível.

No início dessa convivência em sociedade, portanto, o processo sequer se fazia identificar ou, quando muito, se apresentava como um ritual focado em crenças religiosas<sup>942</sup> e desprovido de sistematização, de identificação do que acima precisamos

---

<sup>937</sup> FREUD, Sigmund. **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 21. O Futuro de uma Ilusão, O Mal Estar na Civilização e outros trabalhos (1927-1931)**. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 117, *verbis*: “A existência da inclinação para a agressão, que podemos detectar em nós mesmos e supor com justiça que ela está presente nos outros, constitui o fator que perturba nossos relacionamentos com o nosso próximo e força a civilização a um tão elevado dispêndio [de energia]. Em consequência dessa mútua hostilidade primária dos seres humanos, a sociedade civilizada se vê permanentemente ameaçada de desintegração. O interesse pelo trabalho em comum não a manteria unida; as paixões instintivas são mais fortes que os interesses razoáveis. A civilização tem de utilizar esforços supremos a fim de estabelecer limites para os instintos agressivos do homem e manter suas manifestações sob controle por formações psíquicas reativas”.

<sup>938</sup> FREUD, Sigmund. Ob. Cit., p. 17.

<sup>939</sup> ESPOSITO, Roberto. **Bíos. Biopolítica e Filosofia**. Tradução de M. Freitas da Costa, Lisboa: Edições 70, 2010, pp. 64-65.

<sup>940</sup> Sobre o tema vide também: BAUDRILLARD, Jean. **A Transparência do Mal. Ensaio Sobre os Fenômenos Extremos**. 9ª ed., tradução de Estela dos Santos Abreu, Campinas: Papirus, 1990; DADOUN, Roger. **A Violência. Ensaio Acerca do “Homo Violens”**. Tradução de Pilar Ferreira de Carvalho e Carmen de Carvalho Ferreira, Rio de Janeiro: DIFEL, 1998; STORR, Anthony. **A Agressividade Humana**. Tradução de Cleci Leão, São Paulo: Benvirá, 2012; e NEIMAN, Susan. **O Mal no Pensamento Moderno. Uma história alternativa da filosofia**. Tradução de Fernanda Abreu, Rio de Janeiro: DIFEL, 2003.

<sup>941</sup> Várias são as formas primitivas de punição identificadas pelos historiadores, a exemplo da perda da vida, perda da paz, da vingança propriamente dita. A esse respeito, vide, dentre outros, BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, Parte Geral – Tomo I**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 31 e ss. e LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão. Tomo I**. Traduzido por José Higinio Duarte Pereira, Campinas: Russell Editores, 2003, pp. 75 e ss.

<sup>942</sup> A esse respeito vide GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 4ª ed., tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 35.

ser um princípio unificador, de que é exemplo o Código de Ur-Nammu, redigido por volta de 2040 a.C.<sup>943</sup>.

Em tempos que se seguiram se pode localizar a presença de modelos de processo, até embriões de características marcantes do que a doutrina selecionou para compor o chamado “sistema acusatório”, mas ainda não um “sistema” propriamente dito, ou seja, identificam-se regras esparsas sem que se possa visualizar o fio condutor e unificador. A análise destes tempos mais remotos, na verdade, merece tratamento bastante relativizado dado ao fato de que muitos poucos registros históricos foram até hoje identificados, considerando que a própria escrita tem origem algo em torno de três a quatro mil anos antes de Cristo, e se faz mais presente em particular entre os Sumérios, os Egípcios, os Acadianos, os Hititas e os Assírios. Depois deles, encontram-se os Hebreus, que documentaram seu modo de vida e de leis na Bíblia<sup>944</sup>.

Jorge de Figueiredo Dias<sup>945</sup>, por exemplo, faz lacunosa referência às “antigas legislações orientais” como fonte do “sistema acusatório”, sem qualquer outra referência mais explícita. Destas, seguramente, deveria estar se referindo ao “Código” de Hammurabi, pois, dos registros antigos, mesmo considerando a escassez das fontes históricas<sup>946</sup>, o exemplo mais marcante é justamente este grupo de regras insculpidas numa pedra<sup>947</sup>, denominado modernamente de “Código” de Hammurabi, elaborado na Babilônia (região onde hoje fica o Iraque, no Oriente Médio) por volta de 1780 a.C.<sup>948</sup>. Nele, a par de alusões a crimes e suas penas, na linha da famosa parêmia “olho por olho, dente por dente”, encontram-se poucas regras procedimentais

<sup>943</sup> O texto original pode ser consultado em GILISSEN, John. Ob. cit., p. 64.

<sup>944</sup> Segundo, dentre outros, WELLS, Herbert George. **História Universal**. Vol 1, 7ª ed., tradução de Anísio Teixeira, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968, pp. 307 e ss., e também, GILISSEN, John. Ob. cit., pp. 51 e 52.

<sup>945</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Ob. cit., p. 66.

<sup>946</sup> A esse respeito vide BÁEZ, Fernando. **História Universal da Destruição dos Livros. Das Tábuas Sumérias à Guerra do Iraque**. Tradução de Leo Schlafman. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.

<sup>947</sup> Conforme esclarece Sérgio Marcos Roque, na apresentação que faz da tradução do **O Código de Hammurabi**, traduzido para o inglês por Leonard William King e para o português por Julia Vidili. São Paulo: Madras, 2005, p. 08, o “Código” de Hammurabi era *gravado em caracteres cuneiformes, com aproximadamente 3.500 linhas, em um enorme bloco cilíndrico de pedra negra (2,25 m de altura por 2 m. de circunferência), encontrada em 1901, pelo arqueólogo Jacques Morgan, em escavações na cidade de Susa (Pérsia), para lá levada como despojo de guerra, provavelmente em 1175 a.C., conservada até hoje no museu do Louvre*.

<sup>948</sup> Conforme **O Código de Hammurabi**, Ob. cit.. A data precisa do Código oscila entre os historiadores, que ora também afirmam ter sido escrito em 2084 a C e ora, ainda, por volta do ano 1694 a C., como o faz GILISSEN, John. Ob. cit., p. 61.

não uniformes. A regra nº 2<sup>949</sup> do “Código”, por exemplo, claramente se orienta para o misticismo ao apontar que a morte por afogamento do acusado que “se jogue no rio” representa a demonstração de sua culpa. Apostava-se, portanto, numa salvação divina do inocente. Ao lado da referida regra mística, também existem outras que indicam o caminho da produção de provas pelas partes (regras 3, 9, 10 e 11<sup>950</sup>) e podem ser considerados embriões do discurso que elaborou o quadro sinótico do sistema acusatório.

Depois do “Código”, os registros remotos mais marcantes se encontram na Grécia antiga<sup>951</sup>, onde não obstante nem todos os habitantes fossem considerados “cidadãos”<sup>952</sup>, aos que gozavam desta condição eram asseguradas algumas garantias, a exemplo do julgamento popular e até mesmo um início de construção da ideia de presunção de inocência, como revelam as tragédias gregas, em particular a Orestéia

---

<sup>949</sup> Regra 2. *Se alguém fizer uma acusação a outrém e o acusado pular no rio e afundar, seu acusador deverá tomar posse da casa do culpado, e se o acusado escapar sem ferimentos, ele não será culpado, e então aquele que fez a acusação deverá ser condenado à morte, enquanto que aquele que pulou no rio deve tomar posse da casa que pertencia a seu acusador.* Texto extraído de **O Código de Hammurabi**, Ob. cit..

<sup>950</sup> Regra 3. *Se alguém trazer uma acusação de um crime frente aos anciões, e este alguém não trazer provas, e se a acusação pudesse resultar em pena capital, este alguém deverá ser condenado à morte.*

(...)

Regra 9. *Se alguém perder algo e encontrar este objeto na posse de outro, se a pessoa em cuja posse estiver o objeto disser "um mercador vendeu isto para mim, eu paguei por este objeto na frente de testemunhas" e se o proprietário disser "eu trarei testemunhas que conhecem minha propriedade", então o comprador deverá trazer o mercador de quem comprou o objeto e as testemunhas que o viram fazer isto, e o proprietário deverá trazer testemunhas que possam identificar sua propriedade. O juiz deve examinar os testemunhos dos dois lados, inclusive o das testemunhas. Se o mercador for considerado pelas provas ser um ladrão, ele deverá ser condenado à morte. O dono do artigo perdido recebe então sua propriedade e aquele que a comprou recebe o dinheiro pago por ela das posses do mercador.*

Regra 10. *Se o comprador não trazer o mercador e testemunhas ante a quem ele comprou o artigo, mas seu proprietário trazer testemunhas para identificar o objeto, então o comprador é o ladrão e deve ser condenado à morte, sendo que o proprietário recebe a propriedade perdida.*

Regra 11. *Se o proprietário não trazer testemunhas para identificar o artigo perdido, então ele está mal-intencionado, e deve ser condenado à morte.*

Texto extraído de **O Código de Hammurabi**, Ob. cit..

<sup>951</sup> A época mais remota corresponderia a algo em torno de 1200 anos a.C, quando da guerra de Tróia, não obstante a documentação de tal período tenha ocorrido, primeiro em torno de 850 a. C., pela *Iliada* e pela *Odisseia* de Homero e depois, por volta do ano 500 a.C, através das famosas Tragédias gregas, de que foram destaques Esquilo e Sófocles.

<sup>952</sup> Mulheres, escravos e “metecos” (ou seja: estrangeiros) não eram equiparados aos cidadãos do sexo masculino. Conforme, dentre outros, MIGLINO, Arnaldo. **A Cor da Democracia**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Coleção Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Vol. 3, Florianópolis: Conceito, 2010, p. 125.



de Ésquilo<sup>953</sup>. Nela Ésquilo relata que a Deusa Atena teria instituído o Areópago, quando do julgamento de Orestes, acusado de matricídio (sua mãe, ao seu passo, era acusada da morte do marido). Sobre a criação do Areópago se extrai a passagem marcante da convocação popular feita pela deusa Atena:

*Já que a coisa atingiu este ponto  
escolho no país juízes de homicídio  
irrepreensíveis reverentes ao instituto  
juramentado que instruo para sempre.  
Vós, convocai testemunhas e indícios,  
instrumentos auxiliares da justiça.  
Selectos os melhores de meus cidadãos  
terei a decisão verdadeira desta causa,  
sem que injustos violem juramento.*<sup>954</sup>

O processo foi iniciado pela acusação a cargo do “Coro de Eumênides” que interroga diretamente a Orestes. O texto da tragédia grega é muito enxuto, fruto do estilo teatral, entrecortado, porém, do que se pode extrair da passagem acima transcrita, é possível dizer estarem os juízes da causa autorizados a “convocar testemunhas e indícios, instrumentos auxiliares da justiça” e, assim, pelo que se compreende do texto, os juízes também seriam capazes de determinar a produção de prova de ofício, interferindo, portanto, na produção da prova. Prosseguindo na análise da Oresteia, verifica-se no curso do interrogatório, comandado pelo Coro de Eumênides, a convocação feita por Orestes para sua testemunha para depor. Trata-se do próprio deus Apolo que passa a ser inquirido pelo Coro de Eumênides. O trecho da obra de Ésquilo, que retrata este episódio, cuja primeira apresentação teatral ocorreu em Atenas, no ano de 458 a.C., acima referido, não obstante um tanto longo, pela importância histórica do registro, merece igual transcrição:

*Atena. Vossa é a palavra. Início o processo.  
O acusador primeiro desde o princípio*

<sup>953</sup> ÉSQUILO. **Orestéia III. Eumênides**. Estudo e tradução de Jaa Torrano, São Paulo: Iluminuras FAPESP, 2004, pp. 105 e ss..

<sup>954</sup> ÉSQUILO. **Orestéia III. Eumênides**. Ob. cit., p. 109.

*Poderia instruir de verdade a questão.*

*Coro de Eumênides. Somos muitas, mas falaremos curto  
responde fala por fala por tua vez.*

*Diz primeiro se és matador da mãe.*

*Orestes. Matei. Não é possível negar isso.*

*Coro de Eumênides. Eis já ganho um dos três assaltos.*

*Orestes. Vanglorias quando ainda não caí.*

*Coro de Eumênides. Deves dizer todavia como mataste.*

*Orestes. Com espada na mão cortei o pescoço.*

*Coro de Eumênides. Quem persuadiu? Quem aconselhou?*

*Orestes. Os oráculos deste. Ele me testemunha.*

*Coro de Eumênides. O adivinho te explicou que mate a mãe?*

*Orestes. E até aqui não lamento a sorte.*

*Coro de Eumênides. Se o voto te pegar, dirás diferente.*

*Orestes. Confio. E da tumba o pai auxiliará.*

*Coro de Eumênides. Confia nos mortos, matador da mãe!*

*Orestes. Ela era tocada de dupla poluição.*

*Coro de Eumênides. Como assim? Explica-o aos juízes.*

*Orestes. Matando o marido matou meu pai.*

*Coro de Eumênides. Que? Tu vives, ela pagou com a morte.*

*Orestes. Por que não a perseguiste em vida?*

*Coro de Eumênides. Não era consangüínea de quem matou*

*Orestes. E eu sou do sangue de minha mãe?*

*Coro de Eumênides. Como te nutriu no ventre, ó cruento?*

*Repeles o sangue materno querido?*

*Orestes. Dá testemunho já e explica-me,*

*Apolo, se com justiça a matei.*

*Não negamos que fiz tal como é,*

*Mas se te parece com justiça ou não,*

*Julga esta morte para eu lhes dizer.*

*Apolo. Ante vós, grande tribunal de Atena,*

*digo-o justo. Adivinho, não mentirei.*

*No trono divinatório, nunca disse*

*de homem, de mulher ou de cidade*

*senão ordem de Zeus Pai dos Olímpios.*

*Sabei quão forte é esta justiça; digo-vos*

*que sigais junto o conselho do Pai,*

*Pois juramento não pode mais que Zeus.*

*Coro de Eumênides. Zeus, como dizes, deu este oráculo  
prescrevendo a Orestes vingar o pai  
sem ter em conta a honra à mãe?*

*Apolo. Não é o mesmo: o varão nobre ser morto,  
honrado com cetro outorgado por Zeus,  
e morto por mulher, não com furioso  
arco longemitante como de Amazona,  
mas como ouvirás, Palas, e vós ao lado  
que no voto decidireis esta questão.*

*Na guerra o mais das vezes prosperou  
e na volta ela o recebeu com benévolas  
palavras, ofereceu banhos quentes  
em banheira de prata, e ao terminar  
recobriu-o com manto e no intérmio  
árduo manto prende e golpeia o varão.*

*Esta morte vos é contada do varão  
venerado por todos, chefe da armada.*

*Tal foi minha fala para que morda  
os varões dispostos a dar sentença.*

*Coro de Eumênides. Dizes que Zeus honra o lote do pai,  
Mas ele prendeu o velho pai Crono.*

*Como isto não contradiz o que falas?*

*Invoco vosso testemunho do que ouvis.*

*Apolo. Feras odiosas a todos, horror dos Deuses,  
cadeias se soltariam, isso tem remédio  
e muitos são os meios da libertação.*

*Mas quando o pó bebe sangue de homem,  
uma vez morto, não há ressurreição.*

*Para isso meu pai não fez encantações  
tudo o mais para cima e para baixo  
ele revira, e sem ofegar faz como quer.*

*Coro de Eumênides. Vê como defendes que o deixem solto:  
verteu no chão o sangue mesmo da mãe  
e em Argos possuirá o palácio paterno?*

*Que altares públicos poderá usar?*

*Que água lustral receberá da fratria?*

*Apolo. Isso direi e sabe que direi verdade.*

*Não é denominada mãe quem gera*

o filho, nutriz de recém-semeado feto.  
 Gera-o quem cobre. Ela hospeda conserva  
 o gérmen hóspede, se Deus não impede.  
 Eu te darei uma prova desta palavra:  
 o pai poderia gerar sem mãe, eis  
 por testemunha a filha de Zeus Olímpio,  
 não nutrida nas trevas do ventre,  
 gérmen que nenhuma Deusa geraria.  
 Palas, eu, quanto ao mais, como sei,  
 farei grande tua cidade e teu povo.  
 Enviei este suplicante a teu palácio  
 para que fosse fiel por todo o tempo,  
 e tivesses por aliado a ele e seus pósteros,  
 ó Deusa, e isto valesse para sempre,  
 contentes com o pacto os semeados destes.  
 Atena. Ordeno-lhes que com justa sentença  
 dêem o voto, bastando o já debatido?  
 Apolo. Por nós, toda flecha já está disparada.  
 Espero ouvir que decisão a causa terá.  
 Atena. Então, que fazer sem que vós reproveis?  
 Coro de Eumênides. Ouvistes o que ouvistes; em vosso coração  
 respeitai juramento e votai, hóspedes meus. (...)”<sup>955</sup>

Do resultado da votação se colheu o empate. Assim, a deusa Atena, considerando justamente o empate na votação, conclui pela absolvição de Orestes, registrando o nascimento mitológico da ideia de “presunção de inocência”, de onde decorre hoje a síntese do *in dubio pro reo*. É do diálogo entre os deuses Apolo e Atena na tragédia grega Eumênides, de Esquilo:

Apolo. Contai os votos tombados, ó estrangeiros,  
 bem a não errar, cuidadosos no escrutínio.  
 Ausente júízo, a calamidade é grande;  
 lançado, um só voto levanta a casa.  
 Atena. Este homem está livre da acusação  
 de homicídio, deu empate nos votos.<sup>956</sup>

<sup>955</sup> ÉSQUILO. *Orestéia III. Eumênides*. Ob. cit., pp. 117 a 123.

O que a Oresteia revela, de forma marcante, são algumas características hoje indicadas como “acusatórias”, a exemplo da oralidade, do contraditório, da autodefesa, da separação das funções de acusar e julgar, do *in dubio pro reo*, e da gestão das provas – em parte – pelas partes. Porém, o mesmo registro histórico, igualmente revela outras características posteriormente rotuladas de inquisitórias, a exemplo da acusação pública, do interrogatório como busca da confissão, da proibição do silêncio (“deves dizer...”), da ausência de defesa técnica e, para alguns, até mesmo a possibilidade dos julgadores interferirem na produção da prova, suprimindo dúvidas ao final, pois, como visto do texto acima reproduzido, ao final do interrogatório de Orestes a deusa Atena indaga se o Areópago já está suficientemente instruído, como a permitir, em caso contrário, questionamentos complementares por parte dos julgadores. A respeito do Conselho do Areópago, Aristóteles refere que ele “tinha como função oficial a proteção das leis, mas na realidade administrava o maior número de negócios do Estado e os mais importantes deles, infligindo sumariamente punições e multas aos que transgrediam a ordem pública”<sup>957</sup>. Ou seja, se o Areópago também infligia punições e multas “sumariamente” é porque não fazia um processo propriamente dito.

Aristóteles também refere ao período de Péricles (431 a.C.) quando foi instituída a remuneração dos magistrados nos tribunais o que, segundo alguns críticos, teria resultado “na deterioração das cortes de justiça, porque eram sempre os indivíduos ordinários, de preferência aos ilustres, que se apresentavam para o sorteio da seleção dos jurados”<sup>958</sup>. Aristóteles pontua que nesse período se oficializou o suborno aos jurados, “tendo sido Anito o primeiro a introduzi-lo após seu comando em Pilos. Foi acusado por certos indivíduos e levado a julgamento por haver perdido Pilos. Subornou o júri e escapou”<sup>959</sup>. O Júri, portanto, que hoje é considerado por muitos como um símbolo do pretendido “sistema acusatório”, na Grécia antiga não foi necessariamente um modelo de garantia.

---

<sup>956</sup> ÉSQUILO. **Orestéia III. Eumênides**. Ob. cit., p. 127.

<sup>957</sup> ARISTÓTELES. **Constituição de Atenas**. Tradução e notas Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2012, p. 44.

<sup>958</sup> ARISTÓTELES. Ob. cit, pp. 75-76.

<sup>959</sup> ARISTÓTELES. Ob. cit, p. 76.

Outro importante documento histórico do processo penal grego antigo que se apresenta na mesma linha da Orestéia é aquele relacionado ao julgamento de Sócrates, relatado por Platão (ano 399 a.C.)<sup>960</sup>. Como se lê no texto de Platão, a acusação contra Sócrates foi particular, feita por Meleto, Anito e Licon. Vê-se, também, que o julgamento não é centrado na produção probatória, mas, sim, exclusivamente no debate oral e no uso da retórica, tendo, ao final, uma sentença proferida pelo colegiado de 500 (quinhentas) pessoas. Vencia aquele que era capaz de convencer melhor os jurados. Difícil é imaginar que Sócrates possa não ter sido superior aos seus acusadores no uso da retórica (aliás, o discurso documentado por Platão torna visível mesmo a superioridade de Sócrates) e, assim, sua condenação também pode revelar um viés “inquisitório”, considerando que sobre Sócrates pesou uma “presunção de culpa”, na medida em que era visto por muitos como uma ameaça.

Outras fontes históricas da mesma época também permitem melhor exemplificar o procedimento ateniense, que apresentava diversas características, as quais ganhariam hoje a alcunha de “inquisitórias”, como exsurge do exemplo da lei sobre *hýbris* (ação que venha a ser caracterizar em desonra ou vergonha) ateniense, vigente por volta do século IV a C.:

*Se alguém cometer “hýbris” contra alguma pessoa, seja uma criança ou uma mulher ou um homem, livre ou escravo, ou cometer qualquer ato ilícito contra qualquer dessas pessoas, qualquer ateniense elegível que deseje pode acusá-lo aos “thesmothétai”; e os “thesmothétai” devem apresentar o caso dentro de trinta dias a partir do momento em que a acusação for submetida ao tribunal (“Heliaía”), se nenhum assunto público o impedir, mas se houver qualquer outro assunto público, devem fazê-lo o mais cedo possível. Qualquer que seja a pessoa considerada culpada, o tribunal (“Heliaía”) deve decidir imediatamente a pena que ela merece sofrer ou pagar. Se aqueles que apresentarem uma acusação, de acordo com a lei, não agirem para obter um quinto dos votos, deverão pagar mil dracmas ao tesouro público. Aquele que, tendo cometido “hýbris” contra uma pessoa livre, for multado, deve ficar preso até que a multa seja paga.*<sup>961</sup>

<sup>960</sup> PLATÃO. **Apologia de Sócrates**, in AVRELLA, Sérgio. **A Defesa de Sócrates – diretamente do grego**, 8ª. ed., Curitiba: Base Editorial, 2010, pp. 27 e ss..

<sup>961</sup> Conforme ARNAOUTOGLU, Ilias. **Leis da Grécia Antiga**. Tradução de Ordep Trindade Serra e Rosiléa Pizarro Canelós, São Paulo: Odisseus, 2003, p. 78.

Como se vê do regramento transcrito, em alguns casos, para ter início o processo, este dependia do referido *thesmothétai* grego, que apresentava o caso ao tribunal popular. Assim, não obstante se possa identificar um Estado-Juiz inerte (areópago/efetas/heliastas/júri<sup>962</sup>), o que é lido hoje como típico do sistema acusatório, também se identifica um Estado-acusador público, o que se insere num discurso “inquisitório”.

Vê-se, ainda, a adoção da prisão cautelar como mecanismo processual. Aliás, quanto à prisão cautelar como regra, também se destaca outro texto da época, no qual a privação da liberdade ocorria notadamente no caso daquele que viesse a lesar os próprios pais, isto é, outro exemplo de regra grega que hoje seria considerada “inquisitória”:

*E se alguém for detido por maus-tratos infligidos aos pais, ou por falsidade, ou por entrar em lugares proibidos, de acordo com a lei, os Onze devem prendê-lo e levá-lo aos tribunais. Qualquer pessoa elegível pode acusá-lo. Se for considerado culpado, o tribunal deverá avaliar a pena que ele deverá sofrer ou pagar. Se tiver de pagar uma multa, deverá ficar detido até que faça o pagamento desta.*<sup>963</sup>

Nesse enfoque se tem a relevância, novamente, do princípio unificador como característica marcante do sistema, o que não é identificado nos casos específicos.

Aristóteles (384-322 a.C.) também relata aspectos do modelo processual grego de Atenas, esclarecendo haver na cidade o supra citado Conselho dos Onze que, dentre outras tarefas, cuidava:

*dos prisioneiros no cárcere. Ladrões em geral, sequestradores e ladrões de vestimentas que são conduzidos a eles e, que, confessam seus crimes, são punidos com a morte. Se, entretanto, negam os crimes de que são acusados, cabe aos Onze conduzi-los ao tribunal...*<sup>964</sup>

---

<sup>962</sup> Sobre as variações terminológicas, vide, dentre outros, MARICONDE, Alfredo Velez. **Derecho Procesal Penal**, Tomo I, Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora, 3ª ed. 2ª reimpressão, 1986, pp. 25 e ss.

<sup>963</sup> Conforme ARNAOUTOGLU, Ilias. Ob. cit., p. 115.

<sup>964</sup> ARISTÓTELES. Ob. cit., p. 105.

Ressalta-se, do trecho acima, a confissão como primeira hipótese para a solução do caso penal. Somente se negassem os crimes seriam conduzidos ao tribunal. O que se percebe, então, é que o processo penal grego antigo, não obstante até contasse em alguns casos com acusação privada, primasse pela oralidade, pelo julgamento público, pela divisão das funções de acusar e julgar e tenha registrado no resultado de empate referido por Ésquilo em sua Oresteia uma absolvição, informando, assim, o *in dubio pro reo* (o que pode ser lido como características típicas de um “sistema acusatório”); por outro lado também trabalhava com acusação pública em alguns casos, permitia aos juízes iniciativas probatórias, estava pautado essencialmente pelos discursos retóricos em detrimento da análise das provas, por vezes buscava confissões, na prática de determinados casos revelava presunção de culpa, e também trabalhava com prisão cautelar (hoje características atribuídas ao “sistema inquisitório”).

Vale o parêntese para dizer que séculos mais tarde (séculos VII e anteriores<sup>965</sup>) o direito germânico antigo também funcionava nos moldes de adesão popular, com julgamento em assembleia e participação de toda comunidade<sup>966</sup>, porém também mantinham soluções probatórias, que se faziam passar pela força ou sorte – ordálias ou juízos de Deus<sup>967</sup>. É interessante notar o alerta de Cordero<sup>968</sup>, quando assinala o sistema acusatório como uma “luta”, um “combate aberto”, como a justificar as ordálias e os juízos de Deus. Acontece que esses modelos de solução de casos penais, ao contrário, lembram mais o rótulo construído do “inquisitorialismo”.

Retomando a análise histórica, o modelo de democracia ateniense, de certa forma, acabou incorporado pelos romanos antigos<sup>969</sup>, os quais, num primeiro momento

<sup>965</sup> A respeito do modelo processual penal germânico antigo vide, dentre outros, SCHILD, Wolfgang. **History of Criminal Law and Procedure, in Criminal Justice Through the Ages**. Tradução do alemão para o inglês de John Fosberry, Rothenburg ob der Tauber: Mediaeval Crime Museum, 1993, p. 46 e ss.

<sup>966</sup> Conforme, dentre outros, ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Tradução do alemão para o espanhol de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 557.

<sup>967</sup> Conforme MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal – Tomo I – Fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 264 e ss. e LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão. Tomo I**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira, Campinas: Russell Editores, 2003, pp. 85 e ss..

<sup>968</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal – Tomo I**. Tradução para o espanhol de Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Editorial Temis, 2000, p. 86.

<sup>969</sup> Sobre a influência helênica em Roma vide MEIRA, Silvio. **Curso de Direito Romano: história e fontes**, ed. fac-sim., São Paulo: LTr, 1996, p. 70 e ss..



(em particular na fase republicana<sup>970</sup>, na qual assimilaram a ideia de ter *civitas*<sup>971</sup>), também vieram a estabelecer um processo penal com iniciativa da parte: *iudicium publicum*, *quaestio* ou *accusatio*<sup>972</sup>. Aliás, pode-se dizer que daí advém a denominação doutrinária moderna: “sistema acusatório” que perigosa e anacronicamente se apropria de categorias do passado para construir discursos no presente. De todo modo, os modelos atenienses também influenciaram os romanos antigos<sup>973</sup>, como se poderá ver a seguir.

Os historiadores<sup>974</sup> indicam que Roma vivenciou diferentes sistemas de Justiça criminal nos períodos da Monarquia<sup>975</sup>, da República e do Império<sup>976</sup>.

O modelo de processo penal mais vetusto até hoje identificado na Roma Antiga é o da *cognitio*, documentado a partir do início do período monárquico (já por volta do ano 672 a.C.), segundo Mário Curtis Giordani<sup>977</sup>. Jean-Marie Carbasse<sup>978</sup> informa que esse modelo também prossegue no início da República, esclarecendo terem sido dois os modelos então conviventes: um para os cidadãos romanos e outros para os não cidadãos. No primeiro caso o Magistrado citava o acusado e fixava um dia para o seu comparecimento. O acusado, então, tinha duas opções: ir preso preventivamente ou apresentar uma caução ao juiz. A questão era submetida a um tribuno da plebe. Nesse processo o conhecimento era espontâneo, fundado na *anquisitio* ou *inquisitio* (instrução pública), ou seja, no interrogatório do acusado que era convocado a depor pelo

<sup>970</sup> Período republicano – 510 a.C. a 49 a.C..

<sup>971</sup> Ou seja, ter “cidadania”. Sobre o tema vide HOLLAND, Tom. **Rubicão. O Triunfo e a Tragédia da República Romana**. Tradução de Maria Alice Máximo, Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 35.

<sup>972</sup> Conforme MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal – Tomo I – Fundamentos**. Ob. cit., p. 273 e ss.. Vide também MEIRA, Silvio. Ob. cit., p. 54 e ss.

<sup>973</sup> Sobre a influência helênica em Roma vide MEIRA, Silvio. Ob. cit. p. 70 e ss..

<sup>974</sup> Valem, por todas, as excelentes monografias de MOMMSEN, Theodor. **The History of Rome**. Vol. I, Tradução para o inglês de Willian P. Dickson, New York: Charles Scribner & Company, 1869, obra consultada na íntegra em [www.books.google.com](http://www.books.google.com); BAUMAN, Richard A. **Crime and Punishment in Ancient Rome**. New York: Routledge, 1996, p. 07 e CARBASSE, Jean-Marie. **Histoire du droit penal et de la justice criminelle**, 2ª ed., Paris: Presses Universitaires de France, 2009.

<sup>975</sup> Considera-se o ano de 753 a.C. como o marco inaugural do início da história de Roma, sendo que Monarquia prossegue até o ano 508 a.C. quando foi fundada a República. Tudo segundo MONTANELLI, Indro. **História de Roma. Da fundação à Queda do Império**. Tradução de Margarida Periquito. 2ª. ed., Lisboa: Edições 70, 2006, pp. 11 e 44.

<sup>976</sup> O processo de transformação da república em império tem início com a ascensão de Caio Augusto Cesar, em 44 a.C. e se estende praticamente até sua ruína no século V d.C.. A respeito do início deste período vide HOLLAND, Tom. Ob. cit..

<sup>977</sup> GIORDANI, Mario Curtis. **Direito Penal Romano**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 96 e ss..

<sup>978</sup> CARBASSE, Jean-Marie. Ob. cit., pp. 37 e ss.

Magistrado. Releva destacar que se vê, já aqui, a adoção da palavra *inquisitio* como referência de interrogatório, hoje com seu sentido ampliado e transformado pela doutrina em “sistema inquisitório”.

Ainda segundo Mário Curtis Giordani esse modelo de *cognitio/inquisitio* teria convivido com a *provocatio ad populum*, no século VII antes de Cristo, quando, para escapar do rigor dos magistrados, o acusado condenado à morte poderia apelar para o julgamento popular.

Silvio Meira<sup>979</sup> assinala que no curso da República, no período das XII Tábuas (por volta de 450 a.C.), o início do processo era popular mas permitia a prisão cautelar, nos termos estabelecidos nas regras 1 e 2, da Tábua Primeira<sup>980</sup>, *verbis*: “Tábua Primeira. 1. Se alguém é chamado a Juízo, compareça; 2. Se não comparece, aquele que o citou tome testemunhas e o prenda”.

E quem decidia sobre a acusação era o povo, em moldes similares aos dos atenienses, através dos “comícios por centúrias”, segundo a regra 4 da Tábua Nona<sup>981</sup>, *verbis*: “Tábua Nona. (...) 4. Que os comícios por centúrias sejam os únicos a decidir sobre o estado de um cidadão (vida, liberdade, cidadania, família)”.

Já por volta de 149 a.C., através da *Lex Calpurnia*, foi criado o primeiro júri permanente denominado *quaestiones perpetuas*, especialmente para julgar os chamados “delitos públicos” (ex: contra a segurança do Estado ou o homicídio de homem livre)<sup>982</sup>, sem que isso representasse o abandono do modelo de *cognitio*, o qual acabará sobressaindo já no período Imperial<sup>983</sup>.

Segundo Bauman<sup>984</sup>, ainda durante a República teriam prevalecido outros dois modelos processuais penais: o primeiro chamado *iudicium Populi*, em que um magistrado conduzia uma investigação preliminar para depois formular uma acusação perante uma assembléia popular (teria existido até a metade do século II a. C., ou seja, no período da República); e o segundo chamado *iudicium publicum*, nos moldes do *trial*

<sup>979</sup> MEIRA, Silvio. Ob. cit., p. 55.

<sup>980</sup> Texto referido a partir de fragmentos das tábuas reconstituídos por J. Godefroy, In: MEIRA, Silvio. Ob. cit., pp. 83 e ss..

<sup>981</sup> Texto referido a partir de fragmentos das tábuas reconstituídos por J. Godefroy, In: MEIRA, Silvio. Ob. cit., pp. 83 e ss..

<sup>982</sup> Conforme MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano, vol. II**, 6ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 223.

<sup>983</sup> Segundo GIORDANI, Mario Curtis. Ob. cit., p. 109.

<sup>984</sup> BAUMAN, Richard A. Ob. cit., p. 07.

*by jury*, que teria substituído o anterior, no qual o caso era submetido a um magistrado e um corpo de cinquenta jurados, permanecendo vigente também para o Império.

No Império, além do *iudicium publicum* acima referido, ainda se encontra o modelo de *cognitio extraordinaria* ou *cognitio extra ordinem*, a partir do Imperador Augustus, inicialmente de forma concorrente com o modelo de *iudicium publicum* e, depois de forma dominante. Esse último modelo podia ser conduzido pelo próprio Senado, pelo Imperador pessoalmente ou a alguém de sua confiança, por delegação<sup>985</sup>.

No entanto, como dito, boa parte da doutrina nacional<sup>986</sup> e estrangeira<sup>987</sup> aponta, a partir de determinado período (já no curso da fase imperial<sup>988</sup>), uma possível alteração de paradigma, sustentando que a adoção do modelo de *cognitio extra ordinem* teria levado à transformação do modelo “acusatório” naquele de cunho “inquisitório”. Mário Curtis Giordani, por exemplo, sustenta que no processo extraordinário “o mesmo funcionário imperial que, mediante a ‘inquisitio’, colhia as provas, prolatava a sentença com ampla liberdade, limitada apenas por instruções imperiais ou por jurisprudência firmada pelo tribunal imperial”. E em seguida sintetiza: “O princípio da *inquisitio* substitui o princípio da *accusatio* pública”<sup>989</sup>. Como visto, o raciocínio dessa doutrina para além do exagerado reducionismo, parte do pressuposto que a diferença entre os dois sistemas estaria na junção das funções de acusar e julgar (inquisitório) *versus* a separação dessas funções (acusatório).

<sup>985</sup> Ainda segundo BAUMAN, Richard A. Ob. cit., p. 07.

<sup>986</sup> Desde AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. **Curso de Direito Judiciário Penal**. 1º vol., São Paulo: Saraiva, 1958, p. 39. No mesmo sentido, GIORDANI, Mario Curtis. Ob. cit., p. 96 e ss.; e, ainda, dentre outros, LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica**. Ob. cit., p. 139.

<sup>987</sup> De que serve de exemplo LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal – Tomo I – Doctrinas Generales**. Tradução para o espanhol de Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1989, p. 24 e 25, quando afirma que o conhecimento ordinário – comum – era o alusivo ao sistema acusatório, já o extraordinário – incomum, pela ausência de acusação formal – tinha início de ofício, cunhado na vertente inquisitorial. A respeito das primeiras manifestações de inquisitorialismo vide referência de Salvioi feita às páginas 22 e 23 e também FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Ob. cit., p. 62 e ss.. No mesmo sentido, na doutrina da América Latina, vide MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal – Tomo I – Fundamentos**. Ob. cit., p. 272 e ss..

<sup>988</sup> O processo de transformação da república em império tem início com a ascensão de Caio Augusto Cesar, em 44 a.C. e se estende praticamente até sua ruína no século V d.C.. A respeito do início deste período vide HOLLAND, Tom. Ob. cit..

<sup>989</sup> GIORDANI, Mario Curtis. **Direito Penal Romano**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 108.

Esses autores sustentam que o antigo “sistema acusatório” culminou incutindo uma crescente sensação de impunidade<sup>990</sup> na população (o que – abstraindo a ideia de que isso seja um “sistema” – é possível se admitir como verdadeiro, já que as figuras de acusadores públicos passam a surgir como reforço substitutivo do papel acusador das vítimas). No entanto, mesmo com a adoção da acusação pública, já no baixo império romano<sup>991</sup>, isso não implicou na substituição do chamado “sistema acusatório” por modelo absolutamente contrário: o denominado “sistema inquisitório”.

Trata-se de um equívoco de análise de como, efetivamente, operava o processo penal romano antigo, ao emprestar regramentos que hoje podem ser vistos, ora como “acusatórios”, ora como “inquisitórios”. A confusão alcança até mesmo o que se considera certo a respeito da *cognitio extra ordinem*, pois, diferente do quanto pregado pela doutrina majoritária (que diz ser este um modelo “inquisitório”<sup>992</sup>), também aqui, a presença do magistrado continuava pautada pela inércia, ou seja: aos olhos de hoje: “acusatório”.

Em verdade, o que provoca a confusão doutrinária e que, assim, remete a conclusões tortas, dentre outros aspectos é, justamente, a utilização de outro órgão estatal para atuar como acusador público, quando a vítima assim o desejasse e mesmo o emprego da tortura, admitida em alguns casos. Também conduz a equívocos o fato de que havia um processo diferenciado o qual era admitido apenas contra os cristãos, em que a confissão era suficiente para a condenação, não por um escalonamento probatório em si, mas por conta da crença de que os cristãos jamais confessariam em vão.

Outro aspecto que remonta ao caos conceitual – e que, portanto, não permite enxergar um “sistema”, decorre, em alguns momentos ao longo da fase imperial, particularmente durante o reinado de Cláudio (41 a 54 d. C.), da absoluta concentração do poder de acusar e julgar, conforme aponta Tacitus, na seguinte passagem reveladora do processo conduzido diretamente pelo imperador: “Concentrando todas as funções das leis e dos magistrados em suas mãos ele abriu as portas ao excesso do

<sup>990</sup> Conforme LEVACK, Brian P. **A Caça às Bruxas na Europa Moderna**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1988, p. 66 e ss..

<sup>991</sup> Período conhecido como do ano 235 d.C. ao ano 476 d.C.

<sup>992</sup> Vide, por todos, KHALED JR., Salah H. Ob. cit., pp. 30 e ss..

acusador profissional”.<sup>993</sup> Nessa mesma época, Cláudio também admitia o emprego da tortura durante o interrogatório, conforme relato de Suetonius<sup>994</sup>. Sucede que os excessos praticados não estavam propriamente relacionados com a lei ou com a forma ritual do processo, mas sim com os abusos decorrentes da interpretação forçada das normas, privilegiando sempre a vontade do imperador<sup>995</sup>.

Seja como for, o dado mais marcante do equívoco da análise doutrinária reside, como já destacado, na presença de um acusador público como figura marcante de um modelo processual. O que sucede é que esse, por assim dizer, arremedo de Ministério Público, era pautado nas figuras dos *curiosi*, *stationarii* e *irenarchae*, os quais, como bem destaca Giorgia Zanon<sup>996</sup>, não se confundiam com a figura do juiz que ainda mantinha sua inércia. Serviram apenas para diminuir a referida sensação de impunidade (mais uma vez uma mescla de “inquisitorialismo” e “acusatorialismo”). Ou seja, a existência de órgão oficial na promoção da ação penal não é capaz de conduzir à alteração de paradigma sistemático nos moldes hoje adotados, seja em relação à parcela da doutrina que considera ser a concentração de poderes o critério identificador do denominado “sistema inquisitório”, seja em relação àqueles doutrinadores que optam pela gestão da prova pelo juiz como norte de identificação do mesmo “sistema”.

Não bastasse, ainda é de se considerar os abusos de alguns imperadores que tomavam para si determinados casos e os julgavam de forma totalitária. Enfim, uma mistura de “sistemas”, ou, melhor seria: sistema algum. Não há consenso nem mesmo quanto à *cognitio extra ordinem* considerada como símbolo do “inquisitorialismo” pela maioria da doutrina, como já referido acima. Após análise de diversos textos originais da época do império romano, Giorgia Zanon desmitifica esse modelo processual romano ao afirmar permanecer, como regra, o ônus da prova com as partes, notadamente com o órgão de acusação, fosse ele privado ou público<sup>997</sup>. E, ao final, a autora conclui afastando o mito inquisitório da *cognitio extra ordinem*:

<sup>993</sup> Conforme BAUMAN, Richard A. Ob. cit., p. 70.

<sup>994</sup> Em trecho destacado por BAUMAN, Richard A. Ob. cit., p. 71.

<sup>995</sup> Como bem destaca DUCOS, Michèle. **Roma e o Direito**. Tradução de Silvia Sarzana, São Paulo: Madras, 2007, p. 130.

<sup>996</sup> ZANON, Giorgia. **Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato**. Padova: CEDAM, 1998, p. 106 e ss.

<sup>997</sup> ZANON, Giorgia. Ob. cit., pp. 103 e 104. Tradução nossa: *A iniciativa da persecução criminal por um sujeito público, ao invés do privado, não pode, nem ao menos neste caso, ser confundida com o poder*

*Em última análise, resta revelado que a introdução do novo processo “extra ordinem” não resulta ter substancialmente alterado aquilo que representava o aspecto peculiar do ordenamento processual da época republicana, ou seja, a inderrogabilidade do impulso de um sujeito distinto do órgão julgador para provocar a atividade punitiva do Estado.*

*A posição de terceiro do juiz fica mantida, de outra parte, no curso da fase dos debates, e isto também nas hipóteses de exercício da ação penal por parte dos órgãos públicos. Se a estes últimos era reconhecido um certo poder “inquisitório”, isto era, de qualquer forma, destinado a exaurir-se em uma fase anterior ao juízo em sentido próprio, resultando funcional à redação do ato oficial de acusação, isto quando não se limitasse, de fora de formas determinadas de processo, a atividades meramente preventivas ou repressivas de polícia. Dentro destes limites se pode, portanto, afirmar que “as estruturas acusatórias” do procedimento ordinário permaneceram a dar conotação à “cognitio extra ordinem”, ao menos na idade do principado.<sup>998</sup>*

Na mesma linha de pesquisa Alessandra Ronco<sup>999</sup> defende uma simbiose entre os dois modelos de *accusatio* e *inquisitio*, indicando mesmo uma convivência entre os dois, ao menos a partir do ano 320 d. C., decorrência da análise de uma epístola de Constantino:

---

*do juiz de ativar-se de ofício. Da constituição em análise emerge somente a explícita contraposição entre duas diversas modalidades de promoção da ação penal, restando, ainda assim, firme a distinção entre órgão de acusação e órgão julgador, o qual, em posição absolutamente imparcial, deverá proceder, tanto num quanto noutro caso, ao “acertamento” da culpabilidade ou da inocência do imputado”. No original, em italiano: L’iniziativa della persecuzione criminale da parte di un soggetto pubblico, anziché privato, non può, nemmeno in questo caso, essere confusa con il potere del giudice di attivarsi d’ufficio; dalla costituzione in oggetto emerge soltanto l’esplicita contrapposizione tra due diverse modalità di promuovimento dell’azione penale, restando comunque ferma la distinzione tra organo dell’accusa e organo giudicante il quale, in posizione assolutamente imparziale, dovrà procedere, nell’uno come nell’altro caso, all’accertamento della colpevolezza o dell’innocenza dell’imputato.*

<sup>998</sup> ZANON, Giorgia. Ob. cit., p. 144. Tradução nossa. No original, em italiano: *In ultima analisi va dunque rilevato che l’introduzione della nuova procedura extra ordinem non risulta aver sostanzialmente alterato quello che rappresentava l’aspetto peculiare dell’ordinamento processuale di età repubblicana, ovvero l’inderogabilità dell’impulso di un soggetto distinto dall’organo giudicante per provocare l’attività punitiva dello Stato. La posizione di terzietà del giudice appare mantenuta, d’altro canto, nel corso della fase dibattimentale, e ciò anche nelle ipotesi di esercizio dell’azione penale da parte di organi pubblici. Se a questi ultimi era riconosciuto un certo potere “inquisitorio”, questo era comunque destinato ad esaurirsi in una fase anteriore al giudizio in senso proprio, risultando funzionale alla stesura dell’atto ufficiale di accusa, quando non si limitasse, al di fuori di forme determinate di processo, ad attività meramente preventive o repressive di polizia. Entro questi limiti si può, pertanto, affermare che “le strutture accusatorie” del procedimento ordinario rimanesero a connotare la “cognitio extra ordinem, quanto meno in età del principato.*

<sup>999</sup> RONCO, Alessandra. **Il processo penale nella legislazione tardo imperiale.** Tese de doutorado defendida em 2008 na Universidade de Padova. Texto integral na internet: [www.padua-research.cab.unipd.it/349](http://www.padua-research.cab.unipd.it/349), acesso em 12 de setembro de 2010, p. 04.

CTh. 9.3.1pr. = C.I. 9.4.1pr.-3: (Imp. Constantinus A. ad Florentium rationalem). *In quacumque causa reo exhibitio, sive accusator exsistat sive eum publicae sollicitudinis cura perduxerit, statim debet quaestio fieri, ut noxius puniatur, innocens absolvatur. Quod si accusator aberit ad tempus aut sociorum praesentia necessaria videatur, id quidem debet quam celerrime procurari.*

Analizando esse texto, Alessandra Ronco assevera:

*Trata-se de uma epístola de Constantino entregue a Serdica e endereçada a “rationalis Florentius”.*

*Esta disposição é extremamente significativa, pois parece consagrar dois importantíssimos princípios de direito: a necessidade de uma repressão dos crimes através de intervenções tanto públicas quanto privadas; a exigência de que o processo se desenvolva em tempos rápidos visando garantir o mais celeremente possível (“celerrime procurari”) a absolvição do inocente (“innocens absolvatur”).*

*Remetendo o exame deste último aspecto à especial sede deste último estudo dedicado aos tempos processuais, o que agora interessa sublinhar é como esta constituição faça ao mesmo tempo referência ao processo acusatório (“sive accusator exsistat”) e àquele inquisitório (“sive eum publicae sollicitudinis cura perduxerit”).*<sup>1000</sup>

E, em seguida, traz à tona outro texto, agora de Costanzo II, datado de 357 d.C.:

CTh. 9.17.4 = C.I. 9.19.4: (Imp. Constantius A. ad populum). *Qui aedificia manium violant, domus ut ita dixerim defunctorum, geminum videntur facinus perpetrare, nam et sepultos spoliant destruendo et vivos polluunt fabricando. Si quis igitur de sepulchro abstulerit saxa vel marmora vel columnas aliamve quamcumque materiam fabricae gratia sive id fecerit venditurus, decem pondo auri cogatur inferre fisco: sive quis propria sepulchra defendens hanc in iudicium querellam detulerit sive quicumque alius accusaverit vel officium nuntiaverit. Quae poena priscae severitati accedit, nihil enim derogatum est illi supplicio, quod sepulchra violantibus videtur impositum. Huic autem poenae subiacebunt et qui corpora sepulta aut reliquias contrectaverint.*

<sup>1000</sup> Tradução nossa. No original, em italiano: *Si tratta di un'epistola di Costantino data a Serdica ed indirizzata al rationalis Florentius. Questa disposizione è estremamente significativa dal momento che sembra sancire due importantissimi principi di diritto: la necessità di una repressione dei crimini attraverso interventi sia pubblici sia privati; l'esigenza a che il processo si svolga in tempi rapidi al fine di garantire il più celermente possibile (celerrime procurari) l'assoluzione dell'innocente (innocens absolvatur). Rinviando l'esame di quest'ultimo aspetto all'apposita sede di questo studio dedicata ai tempi processuali, ciò che ora interessa sottolineare è come questa costituzione faccia contemporaneamente riferimento alla procedura accusatoria (sive accusator exsistat) e a quella inquisitoria (sive eum publicae sollicitudinis cura perduxerit).*

Vem, então, a autora, confrontar o que a doutrina costuma referir destes textos, para, ao final, sintetizar o que se passava de fato:

*Alguns autores sugeriram que a leitura entre essas constituições fosse feita em chave restritiva, no sentido de levar em conta que esta possibilidade de recurso tanto à “accusatio” quanto à “inquisitio” fosse compreendida como sintoma de uma difusão geral da “accusatio” adotada somente para alguns tipos criminosos, pela obrigação de inquirir por parte dos funcionários imperiais.*

*Outros autores, ao contrário, sustentam uma generalização da obrigação de inquirir e a indicam como concausa, ao lado da áspera legislação em matéria de “calumnia”, do papel hoje marginal da “accusa privatas”.*

*Pessoalmente entendo que para ser compreendida a fundo a temática da iniciativa processual é preciso contextualiza-la na perspectiva histórica de um império que já é absoluto e burocratizado em cujo fenômeno de inobservância da lei, isto é, essencialmente das constituições emanadas do Imperador, constitui uma ameaça intolerável ao correto desenvolvimento da vida coletiva e como tal vem reprimido de modo tempestivo e eficaz.*

*É próprio de uma máquina administrativa um tanto centralizada, mas ao mesmo tempo capilar, que os mecanismos de controle sejam muito eficazes e difusos pelo que aparece muito mais provável uma iniciativa de tipo oficial do que privada.*

*A meu aviso, portanto, o único valor efetivamente perseguido, parece aquele da repressão do crime “a qualquer custo” e, assim, individuar ou assegurar os culpados à justiça é o fim último a ser perseguido, e para consegui-lo se serve tanto da acusação pública, então generalizada, quanto daquela privada.<sup>1001</sup>*

---

<sup>1001</sup> Tradução nossa. No original, em italiano: *Alcuni autori hanno suggerito di leggere entrambe queste costituzioni in chiave restrittiva, nel senso di ritenere che questa possibilità di ricorso tanto all'accusatio quanto all.inquisitio andrebbe intesa come sintomo di una generale diffusione dell'accusatio affiancata, solo per alcune fattispecie criminose, dall'obbligo di inquirere da parte dei funzionari imperiali. Altri autori, al contrario, sostengono una generalizzazione dell'obbligo di inquirere e lo indicano come concausa, accanto all.aspra legislazione in materia di calumnia, del ruolo ormai marginale della accusa privata. Personalmente ritengo che per essere capita a fondo la tematica dell.iniziativa processuale vada contestualizzata nella prospettiva storica di un impero ormai assoluto e burocratizzato in cui ogni fenomeno di inosservanza della legge, cioè essenzialmente delle costituzioni emanate dall'imperatore, costituisce una minaccia intollerabile al corretto svolgersi della vita collettiva e come tale va represso in modo tempestivo ed efficace. Va da sé che in una macchina amministrativa tanto centralizzata, ma al contempo capillare, i meccanismi di controllo siano molto efficienti e diffusi per cui appare molto più probabile un'iniziativa di tipo ufficiale che privato. A mio parere, pertanto, l'unico valore effettivamente perseguito sembra quello della repressione del crimine ‘ad ogni costo’ e poiché individuare ed assicurare alla giustizia i colpevoli è il fine ultimo da perseguire, per conseguirlo ci si serve tanto della pubblica accusa, ormai generalizzata, che di quella privata.*



Portanto, diversamente do que aponta a doutrina moderna, não há como identificar uma origem do “sistema inquisitório” no processo penal romano antigo, pois, não obstante se verifique o uso da tortura pelos romanos antigos, também é possível identificar a mistura dos dois modelos, hoje, à luz das iniciativas processuais. Enfim, o pretendido sistema inquisitório orientado pela concentração das funções de acusar e julgar nas mãos do Juiz não é uma regra absoluta decorrente da adoção do modelo de *cognitio extra ordinem*.

Daqui em diante, como se sabe, o Império Romano foi sendo paulatinamente seduzido pela religião católica<sup>1002</sup>, passando a culminar por adotá-la como oficial, através, inicialmente, de Constantino (312 d.C.<sup>1003</sup>), e de forma definitiva com Teodósio (380 d. C.<sup>1004</sup>), o que veio a determinar significativamente o seu fortalecimento, com redundância na consolidação da união entre Igreja e Estado e na expansão de sua aceitação por outros povos<sup>1005</sup>. O “Decreto contra os Hereges”, de Teodósio, datado justamente do ano de 380 d. C., bem dá a dimensão do que representou essa fusão da Igreja com o Estado:

*É nossa vontade que todos os povos regidos pela administração de Nossa Clemência pratiquem a religião que o divino Pedro, o apóstolo, transmitiu aos romanos, uma vez que a religião por ele introduzida permanece clara nos dias de hoje. É evidente que é essa a religião seguida pelo Pontífice Damásio e por Pedro, Bispo de Alexandria, homem de santidade apostólica; ou seja, de acordo com a disciplina apostólica e a doutrina evangélica, devemos acreditar na Divindade única do Pai, do Filho e do Espírito Santo, sob o conceito de igual majestade e da Santíssima Trindade.*

<sup>1002</sup> Segundo GIBBON, Edward. **Declínio e Queda do Império Romano**. Tradução de José Paulo Paes. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 236 e ss.. Vide também MEIRA, Silvio. **Curso de Direito Romano: história e fontes**, ed. fac-sim., São Paulo: LTr, 1996, p. 149 e ss.; e HILLGARTH. J.N. **Cristianismo e Paganismo, 350-750, A Conversão da Europa Ocidental**. Tradução de Fábio Assunção Lombardi Rezende. São Paulo: Madras, 2004.

<sup>1003</sup> Segundo LEME FILHO, Trajano. **Os 50 Maiores Erros da Humanidade**. Rio de Janeiro: Axcel Books do Brasil, 2004, página 46, foi neste ano de 312 d.C. que Constantino declarou o domingo como feriado, como forma de demonstrar suas convicções cristãs. Outros autores apontam o Édito de Milão, também promovido por Constantino, em 313 d.C. Neste sentido, dentre outros, DEL ROIO, José Luiz. **Igreja Medieval: a cristandade latina**. São Paulo: Ática, 1997, p. 17.

<sup>1004</sup> Foi com Teodósio que se oficializou a religião católica, segundo, dentre outros, DEL ROIO, José Luiz. Ob. cit., p. 17.

<sup>1005</sup> Sobre o tema vide: HILLGARTH. J.N., Ob. cit., pp. 59 e ss.; VAN LOON, Hendrik Willen. **A História da Humanidade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 134 e ss. Vide, também, LE GOFF, Jacques. **A Civilização do Ocidente Medieval**. Tradução de José Rivair de Macedo. Bauru: Edusc, 2005, p. 20 e 21.

1. Ordenamos que as pessoas que obedecem a essa ordem adotem o nome de cristãos católicos. Os demais, entretanto, a quem julgamos dementes e insanos, devem sustentar a infâmia de dogmas heréticos, seus locais de reunião não devem receber o nome de igrejas, e devem ser castigados primeiro pela Vingança Divina e, em seguida, pela retribuição de nossa própria iniciativa, a qual assumimos estar de acordo com o Julgamento Divino.<sup>1006</sup>

Essa hegemonia do império romano, no entanto, sofreu um revés que séculos mais tarde (com momento culminante no século XIII) veio a representar, para a forma discursiva da doutrina majoritária de processo penal, o dado histórico relevante para a implantação do chamado “sistema inquisitorial”, com plena força na Europa continental. Trata-se do contínuo processo de invasão (ou de descontentamento dos que já faziam parte integrante do império) dos “bárbaros”<sup>1007</sup> às terras dominadas por Roma, que adquire intensidade a partir de 409 d. C., e tem como ponto alto a própria tomada da cidade de Roma no ano seguinte<sup>1008</sup>. Inúmeros povos estrangeiros em relação a Roma, provindos de diversas regiões da própria Europa e da Ásia, a exemplo dos hunos, dos godos, dos visigodos, dos vândalos, dos borguinhões, dos ostrogodos, dos alamanos e dos francos<sup>1009</sup>, vão paulatinamente se insurgindo contra a crescente cobrança de impostos romanos e contra sua subordinação e não hesitam em patrocinar diversas investidas contra o império e contra a cidade de Roma, seguidamente saqueada,

<sup>1006</sup> HILLGARTH. J.N., Ob. cit., pp. 60 e 61.

<sup>1007</sup> Assim considerados pejorativamente pelos romanos, por habitarem fora de seus domínios e/ou não falarem latim. Enfim, a palavra hoje pode ser identificada sob três prismas, mas para o plano da época, equivale a todos os povos estrangeiros ao Império Romano, para usar a explicação de WOLFF, Francis. Quem é Bárbaro? In: **Civilização e Barbárie**. Organização de Adauto Novaes, São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 22. Vide, também, a análise crítica de COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. Ob. cit., pp. 19-20, *verbis*: “Verificar o sentido pejorativo da expressão, até porque entendida a partir dos romanos, embora a origem da palavra fosse grega e usada, na Grécia, para os estrangeiros (“barbáros”), ou seja, balbuciantes, no sentido de incapacidade para se fazer entender. Bárbaros, assim, eram os outros, desconsiderando-se, aqui, tudo o que de formidável à humanidade veio deles. Veja-se a alquimia, a psicologia, entre outras matérias, já então conhecidas dos árabes, por exemplo. A assertiva serve para demonstrar como o nosso pensar é totalitário, tendo a Europa como seu centro. Sobre o assunto, v. DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação**. (trad. de Luiz João Gaio) São Paulo: Loyola, s/d, p. 58. Mais recentemente, v., do mesmo autor, **La introducción de la 'transformación de la filosofía' de K.O. Apel y la filosofía de la liberación (reflexiones desde una perspectiva latinoamericana)**, **Fundamentación de la ética y filosofía de la liberación**. México: Siglo Veintiuno Editores, 1992, p. 45 e ss.”

<sup>1008</sup> Segundo HILLGARTH. J.N., Ob. cit., p. 79.

<sup>1009</sup> Segundo LE GOFF, Jacques. **As Raízes Medievais da Europa**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis, R.J.: Vozes, 2007, pp. 37 e ss.; e VAN LOON, Hendrik Willen. Ob. cit., p. 127.

culminando naquilo que se denominou ser a “queda” do Império Romano (o marco final desse processo é representado pelo ano 476 d. C.<sup>1010</sup>).

Os relatos históricos dão conta de que os denominados “bárbaros” trouxeram a reboque toda sua cultura e suas multifacetadas religiões, voltadas em geral para adoração da natureza, o que veio a minar todo o estilo de vida romano. Nessa época, com a miscigenação dos povos e das culturas bárbaras com as de origem romana vai suceder que a própria ideia de que seria possível manter ou estabelecer um sistema de processo penal uniforme se perde (como de resto a ideia de civilização romana também se perde), naquilo que René David denomina de “declínio da ideia de direito”<sup>1011</sup>.

É preciso também compreender que após a morte do Imperador Teodósio, em 395 d. C., os líderes militares do império romano ocidental já eram representados pelos próprios bárbaros ou deles dependentes, como afirma Hillgarth<sup>1012</sup>.

Nesse campo é marcante o fato de que as Institutas de Justiniano, em especial o *Codex Justinianus repetitae praelectionis*, publicado em 16 de novembro de 534, nas quais estavam disciplinadas regras de processo penal, foram sendo paulatinamente alteradas pelos sucessores de Justiniano no poder, mescladas, em grande parte, com as constituições dos imperadores bizantinos<sup>1013</sup>.

Sucede que, como destacado acima, naquela época a Igreja Católica, como instituição, já estava presente e dominante na população, atuando ao lado – e mesmo acima – do poder laico. Mesmo com a queda do império romano a Igreja consegue se manter hegemônica como doutrina religiosa, já que o período de anomia (que costuma ser breve – como lembra Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “Rei morto, Rei posto: e viva o Rei!”<sup>1014</sup>) provocado pela queda do império representou o campo fértil para consolidar o crescente domínio da Igreja sobre a população. É possível mesmo identificar uma “substituição” de um formal império laico, por um “império” sacro,

<sup>1010</sup> Sobre a data e a paulatina ruína do império romano vide, dentre outros, VAN LOON, Hendrik Willen., Ob. cit., p. 124 e ss. e também GIBBON, Edward. Ob. cit., p. 236 e ss..

<sup>1011</sup> DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37 e ss..

<sup>1012</sup> HILLGARTH. J.N. Ob. cit., p. 79.

<sup>1013</sup> Segundo informa MEIRA, Silvio. Ob. cit., p. 177 e ss..

<sup>1014</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ensino do Direito na UFPR: Voto à Esperança! In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Nº 36, Curitiba: UFPR, 2001, p. 143.

partindo da ideia de que a “queda” do império romano possa nunca ter ocorrido de fato, entendendo-se o império como ainda existente, apenas com nova roupagem: católico-cristã. Interessantes aspectos da estrutura da Igreja Católica apontam para tal conclusão, bastando, como referência geral, verificar que a hierarquia da Igreja segue o mesmo padrão da hierarquia administrativa do Império<sup>1015</sup>, com o poder central focado numa única pessoa (o Papa), sendo ainda hoje chamado de *Pontifex Maximus* – “Máximo Pontífice” –, isto é, “Máximo Construtor de Pontes” (como eram chamados os Imperadores romanos), com cargo vitalício (como os Imperadores romanos), mantendo sua sede maior em Roma<sup>1016</sup> (!!!) e não em Jerusalém, Belém, ou outro local mais significativo sob o prisma religioso, e com descentralização administrativa e divisão territorial de competências<sup>1017</sup>, como também operava o Império. Ou seja, o Império Romano não deixou de existir: sofreu apenas uma adaptação para ser incorporado pela Igreja, a qual, na época, passou a ser herdeira do poder que se expandia ao longo, pelo menos, de boa parte da Europa ocidental.

A demonstrar a ampliação do poder da Igreja frente à população se encontram inúmeros decretos que foram alterando o Código Teodosiano, como o de 388, a proibir

<sup>1015</sup> Esse também é o pensamento de LE GOFF, Jacques. Ob. cit., p. 41.

<sup>1016</sup> Como bem relata SUFFERT, Georges. **Tu és Pedro: santos, papas, profetas, mártires, guerreiros, bandidos. A história dos primeiros 20 séculos da Igreja fundada por Jesus Cristo.** Tradução de Adalgisa Campos da Silva, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 51, a perseguição de Nero, em 64 d.C., aos cristãos, faz com que a cidade de Roma se torne uma “cidade maldita” para os cristãos da época. Por outro lado, SUFFERT (ob. cit., p. 49) justifica a escolha de Roma como centro preferencial da Igreja por conta de lá terem sido mortos e enterrados São Pedro e São Paulo.

<sup>1017</sup> Já naquele tempo a estrutura hierarquizada da Igreja seguiu padrões da estrutura do Império Romano, ou seja, era – e ainda é – exageradamente complexa, com domínio absoluto de um senhor e com descentralização territorial do exercício do poder religioso. A respeito da estrutura e da hierarquia da Igreja no Século III, SUFFERT (ob. cit., pp. 49-50), cita uma carta do Papa Cornélio (251 d.C.) na qual ele descreve que a comunidade cristã de Roma dispunha de 46 padres, 07 diáconos, 07 subdiáconos e 100 assistentes diversos, de exorcistas a porteiros. Nos dias atuais, conforme se extrai do **Código de Direito Canônico**. 10ª ed., São Paulo: Edições Loyola, 2009, p. 108 e ss., a hierarquia da Igreja pode ser sintetizada no seguinte: o Papa acima de tudo e de todos, com domínio territorial e espiritual absolutos, chefiando o Colégio de Bispos; abaixo vem: o Sínodo dos Bispos e o Sacro Colégio dos Cardeais da Santa Igreja Romana; em seguida encontram-se as Conferências dos Bispos de uma nação ou território, seguidas das Províncias e Regiões Eclesiásticas, chefiadas pelo Metropolitas. Essas Províncias delimitam seus respectivos territórios e são compostas por Igrejas Particulares próximas entre si (estas com igual divisão territorial interna em Dioceses, Paróquias e Quase-Paróquias, e também estruturadas de forma hierarquizada, sendo chefiadas pelo Bispo Diocesano com auxílio do Sínodo Diocesano que é uma assembléia de sacerdotes (Bispos, Vigários, Cônegos, dentre outros). Cada Diocese, por sua vez, é composta do Conselho Presbiterial e do Colégio de Consultores. Abaixo ainda encontra-se o Cabido de Cônegos que é um Colégio de Sacerdotes. Em cada Diocese ainda se verifica o Conselho Pastoral composto de fiéis. Já a Paróquia é composta pelos fiéis sob o comando do Pároco e os Sacerdotes vistos como Reitores de Igrejas. Por último encontram-se os Capelães.

os debates públicos a respeito da religião e proibir o casamento entre judeus e cristãos; o de 392, que proibiu todos os cultos pagãos; o de 412, que isentou de impostos as terras da Igreja; e o de 435 que estabeleceu penas mais severas (morte) para pagãos, não obstante já se encontrasse a Igreja no auge do processo representativo da “queda” do Império romano.<sup>1018</sup>

Os próprios “bárbaros” que passaram a exercer o poder laico culminaram, em grande parte, por se converter ao catolicismo, tamanha a influência da Igreja, de cujo processo inaugural e marcante é representado pela conversão de Clóvis, rei dos francos, em 496/497 d. C., servindo de exemplo para o próprio povo (os francos) e também para os demais reis bárbaros<sup>1019</sup>.

Assim, nos séculos seguintes, a par da invasão da Europa pelos muçulmanos, por volta do ano 700 d. C, seguida de sua expulsão do território francês em 732 d. C. e de seu “controle” – talvez seja melhor dizer: “convivência” – na Espanha<sup>1020</sup>, muito provavelmente fruto da ausência de “inimigos” religiosos potenciais internos, isto é, dentro da Europa ocidental (a preocupação maior estava voltada para os mesmos muçulmanos, só que na Palestina – cruzadas externas iniciadas em 1095<sup>1021</sup>), ou seja, acomodados pelo ainda presente domínio religioso e, portanto, sem estar integralmente focados no ressurgimento do “paganismo bárbaro”<sup>1022</sup>, boa parte dos padres católicos já se comportava de forma significativamente corrupta e, em sua grande maioria, estavam apenas interessados em confiscar bens de terceiros e enriquecer pessoalmente<sup>1023</sup>.

<sup>1018</sup> Conforme textos originais transcritos por HILLGARTH. J.N., Ob. cit., pp. 60 a 66.

<sup>1019</sup> Conforme se extrai de GALLO, Max. **Os Cristãos: O Batismo do Rei**. Vol. II. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. E também: LE GOFF, Jacques. Ob. cit., p. 38; e HILLGARTH. J.N., Ob. cit., pp. 86 e ss..

<sup>1020</sup> Sobre o tema vide, dentre outros, GALÁN, Juan Eslava. **Historia de España contada para Escépticos**. 4ª ed., Barcelona: Editorial Planeta, 2004.

<sup>1021</sup> Sobre a invenção do inimigo externo (cruzadas) vide, dentre outros: DEL ROIO, José Luiz. **Igreja Medieval: a cristandade latina**. São Paulo: Ática, 1997, p. 51 e ss..

<sup>1022</sup> Especificamente sobre o renascimento de seitas ditas “pagãs” nesta época, vide BARROS, Maria Nazareth Alvim de. **Deus Reconhecerá os Seus. A História Secreta dos Cátaros**. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

<sup>1023</sup> Segundo relatam os historiadores BAIGENT, Michael e LEIGHT, Richard. **A Inquisição**. Tradução de Marcos Santarrita, Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 26 e também READ, Piers Paul. **Os Templários**. Tradução de Marcos José da Cunha, Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 206 e ss. Ainda nos mesmos termos: RIBEIRO JR., João. **Pequena História das Heresias**. Campinas, S.P.: Papirus, 1989, p. 70.

Os relatos históricos<sup>1024</sup> revelam que muitos padres haviam, inclusive e de regra, deixado de pregar a religião católica com a frequência necessária à manutenção de sua crença, o que contribuiu para proliferação de diferentes seitas religiosas, algumas delas dissidentes da própria Igreja Católica.

Essa crescente proliferação das seitas e dissidências é que vai provocar uma reviravolta na paulatina adoção de regras que hoje são consideradas como inerentes ao “sistema inquisitório” na Europa continental como se verá a seguir.

## **Seção V – A construção dos discursos dicotômicos a partir do Século XIII: desvelando a pretensão “de pureza inquisitória”.**

*A passagem da acusação à inquisição, seja de que forma for, é sempre vista como o sinal de uma estrutura judicial estadual completa. Trata-se, naturalmente, de um processo gradual, enquadrado em esquemas de evolução cronológica de diferentes padrões de tamanho. Com frequência se escolhem tempos longos, por vezes longuíssimos, do século XIII ao século XVIII, ou até mesmo do século XII ao XIX, depois de insistir numa evolução lenta e contrastada ou sob um ponto de ruptura preciso: a “Vergentis in senium” de Inocêncio III ou a Cruzada anticátara – termos “a quo” escolhidos em vários estudos sobre os procedimentos inquisitoriais anticlericais – ou mesmo o “Tractatus de maleficiis” de Alberto Gandino, que assinalaria a ruptura do monopólio da acusação privada, ou ainda os grandes processos políticos do início do século XIV que fossem de lesa majestade e de heresia, em um grande sistema penalístico-repressivo sem fronteiras. (MASSIMO VALLERANI)<sup>1025</sup>*

<sup>1024</sup> BAIGENT, Michael e LEIGHT, Richard. Ob. cit., p. 26 e também READ, Piers Paul. Ob. cit., p. 206 e ss. Ainda nos mesmos termos: RIBEIRO JR., João. Ob. cit., p. 70.

<sup>1025</sup> VALLERANI, Massimo. *Procedura e giustizia nelle città italiane del basso medioevo (XII-XIV secolo)*. In: CHIFFOLEAU, Jacques; GAUVARD, Andrea Zorzi (Organizadores). **Pratiques Sociales et Politiques Judiciaires dans les Villes de L'Occident à la Fin du Moyen Age**. Publications de l'École française de Rome, 2007, pp. 439-494. Disponível em <http://books.openedition.org/efr/1787>, acesso em 20 de novembro de 2014. Tradução nossa. No original, em italiano: *il passaggio dall'accusa all'inquisizione, in qualunque realtà avvenga, è sempre visto come il segno di una compiuta struttura giudiziaria statale. Si tratta naturalmente di un processo graduale, inquadrato in schemi di evoluzione cronologica di diversa lunghezza. Spesso si scelgono tempi lunghi, a volte lunghissimi, dal xiii al xviii secolo, o addirittura dal xii al xix, insistendo poi su un'evoluzione lenta e contrastata o su un punto di rottura preciso: la Vergentis in senium di Innocenzo III o la crociata anticatara – termini a quo scelti in moltissimi studi sulle procedure inquisitoriali antiereticali – oppure il Tractatus de maleficiis di*

Os doutrinadores que aprofundam um pouco que seja o estudo dos sistemas processuais penais<sup>1026</sup> – costumam apontar para a baixa Idade Média (século XIII em diante), em particular para o papel desempenhado pela Igreja Católica, quando da criação dos Tribunais da Inquisição, como momento de retomada e aperfeiçoamento do denominado “sistema inquisitório”. Sustentam, essencialmente, que os processos penais dos “Santos Ofícios da Inquisição”<sup>1027</sup>, patrocinados pela Igreja Católica Apostólica Romana, seriam orientados pelo critério inquisitório, seja em razão da reunião das funções de acusar e julgar na pessoa do juiz-inquisidor seja, alternativamente, em razão da gestão da prova feita pelo juiz e, por conta dessa premissa, pretendem neles enxergar um “sistema”. De qualquer sorte, ao lado dos princípios reitores referidos, boa parte da doutrina insiste na classificação dicotômica ideal, apresentando as características antagônicas entre os dois modelos de processo penal, nos mesmos moldes das apresentações comparativas elaboradas por Pessina, Carrara, Barreiros e tantos outros reprodutores desta “classificação”.

Os exemplos, todavia, não servem para a definição de um “sistema processual penal inquisitório” com a pretensão de pureza dada por essa doutrina, haja vista que, não obstante esses critérios até tenham se evidenciado em determinados momentos, diversamente do que afirmam esses doutrinadores, se tomados como princípios unificadores, revelam-se equivocados.

Já de início é importante anotar que os Tribunais da Inquisição ocorreram em épocas, lugares e circunstâncias distintos. A primeira manifestação destes Tribunais é do século XIII, essencialmente nos domínios do Sacro Império Romano Germânico

---

*Alberto Gandino, che segnerebbe la rottura del monopolio dell'accusa privata, o ancora i grandi processi politici del primo Trecento che fusero lesa maestà ed eresia in un grande sistema penalistico-repressivo senza confini.*

<sup>1026</sup> v.g. LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica.** Ob. cit., pp. 142 e

ss..

<sup>1027</sup> BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 10, ensina que, normalmente os historiadores referem à Inquisição no singular, mas mais adequado seria identificar diferenças de obediência em relação à cúria romana, entre a inquisição do século XIII, daquelas criadas em Veneza, Modena e Nápoles – dos séculos XVI a XVIII – ou mesmo na Espanha (1478) e em Portugal (1536). De qualquer sorte, o próprio Bethencourt admite uma fonte comum de legitimidade que é a delegação de poderes pelo papa e sua relação com a perseguição de heresias.

(Itália e Alemanha) e também na França (por conta dos cátaros<sup>1028</sup>). Mais tarde, já no século XVI, além da “reorganização” da inquisição em Roma (1542) vão ser instalados Tribunais na Espanha (1478), Portugal (1532) e respectivas colônias<sup>1029</sup>. Só por essa disparidade já não há como identificar neles uma unidade sistemática. É como alerta o historiador português Francisco Bethencourt:

*Os ritos organizados na fase inicial de funcionamento dos tribunais hispânicos também não eram inteiramente novos: resultavam da adaptação das antigas cerimônias da Inquisição. Esses ritos, contudo, exprimiam as novas condições institucionais, caracterizadas pela proteção ativa da Coroa e pelo apoio dos outros poderes, imposto pela intervenção do rei.*<sup>1030</sup>

E, mais adiante, depois de analisar as sucessivas instruções espanholas, elaboradas por Tomás de Torquemada, em Sevilha (1484), Valladolid (1488) e Ávila (1498); por Diego de Souza (1500) e por Fernando de Valdés (1561), Bethencourt complementa: “De qualquer forma, o processo penal renova-se, tal como a estrutura dos tribunais e, sobretudo, as regras de conduta dos funcionários, cujo quadro de ação e cuja esfera de responsabilidade são substancialmente alargados”.<sup>1031</sup>

Assim, se é possível considerar como correto o fato de que, em determinadas épocas, existiram regramentos que conduziam à ideia de fusão das funções de acusar e julgar na mesma pessoa do inquisidor, também é dado histórico irrefutável que, mesmo nesses e em diversos outros períodos da mesma Inquisição Católica, as funções de acusar e julgar eram por vezes separadas. O mesmo se diga da gestão da

<sup>1028</sup> Sobre o tema vide, dentre outras, as seguintes obras: O'SHEA, Stephen. **A Heresia Perfeita. A Vida e a Morte Revolucionária dos Cátaros na Idade Média**. Tradução para o português de André Luiz Barros, Rio de Janeiro: Record, 2005; BURL, Audrey. **Hereges de Deus. A Cruzada dos Cátaros e Albigenses**. Tradução para o português de Ana Carolina Trevisan Camilo, São Paulo: Madras, 2003; BARROS, Maria Nazareth Alvim de. **Deus Reconhecerá os Seus. A História Secreta dos Cátaros**. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

<sup>1029</sup> Sobre o tema, vide, dentre outros: HOMZA, Lu Ann. **The Spanish Inquisition. 1478-1614. An Anthology of Sources**. Indianapolis e Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2006; ROTH, Cecil. **The Spanish Inquisition**, New York, London: W.W. Norton & Company, 1996; RIO, Alfredo Gil del. **La Santa Inquisición. Sus principales procesos contra la brujería en España**. Madrid: Edimat Libros, 1999; KAMEN, Henry. **The Spanish Inquisition. A Historical Revision**. New Haven, London: Yale University Press, 1997; RESTON, JR. James. **Dogs of God. Columbus, the Inquisition, and the Defeat of the Moors**. New York, London, Toronto, Sydney, Auckland: Doubleday, 2005; EDWARDS, John. **La Inquisición**. Tradução para o espanhol de Teófilo de Lozoya, Barcelona: Crítica, 2005. TOMAS Y VALIENTE, Francisco. **La Tortura Judicial en España**, Barcelona: Crítica, 2000.

<sup>1030</sup> BETHENCOURT, Francisco. Ob. cit. p. 32.

<sup>1031</sup> BETHENCOURT, Francisco. Ob. cit., p. 43.



prova estar apenas nas mãos do juiz ou contar com a possibilidade das partes também interferirem. Neste sentido, por exemplo, o alerta feito por Jean-Marie Carbasse:

*Mas a prática da transação durou ainda muito tempo, às cegas das autoridades judiciárias, pois encontramos nos registros notários da metade do século XVII (em plena Paris!) e mesmo no século XVIII (em certas províncias) acordos realizados sobre os delitos normalmente passíveis de penas públicas. Quer dizer que os dois modelos, o conciliador/indenizatório e o repressivo, não foram necessariamente sucessivos, como se diz com frequência. Na prática eles coexistiram durante longos períodos.*<sup>1032</sup>

Desta forma, por óbvio, não obstante se possam considerar esses critérios como importantes características, por vezes predominantes em algum determinado lugar e momento histórico, eles não podem ser considerados como definidores de sistemas plenos e “puros”.

O fato é que, como já explicitado, buscando as referidas referências bibliográficas usadas pela doutrina “moderna” e, assim, identificando-se as fontes doutrinárias mais antigas consultadas para legitimação dos discursos construtivos da dúplici ideia de “sistemas processuais penais” (acusatório e inquisitório), chega-se a Carmignani, como já referido acima, e deste a uma das fontes primárias – repita-se: no âmbito da doutrina – da maioria dos discursos da atualidade: Alberto da Gandino em seu *Tractatus de maleficiis*<sup>1033</sup>, escrito ainda no século XIII (1286). Gandino parece ser a fonte de época mais importante<sup>1034</sup> no patrocínio doutrinário dos modelos processuais

<sup>1032</sup> CARBASSE, Jean-Marie. Ob. cit., p. 19. Tradução nossa. No origina, em francês: *Mais la pratique de la transaction a duré encore plus longtemps, à l'insu des autorités judiciaires: on trouve dans le registres notariaux du milieu du XVII (en plein Paris!) et même du XVIII siècle (dans certaines provinces) des accords portant sur les délits normalment passibles de peines publiques. C'est dire que les deux modèles, le conciliatoire/indemnitaire et le représsif, ne son pas forcément successifs, comme on le dit trop suivant: ils ont en pratique coexiste pendant de longue périodes.*

<sup>1033</sup> O *Tractatus de maleficiis* de Alberto da Gandino pode ser encontrado digitalizado, na íntegra, e no original em latim, no site [www.books.google.com](http://www.books.google.com), numa compilação de obras de diversos autores, publicada no século XVI (1560), denominada *Tractatus Diversi Super Maleficiis*. O *Tractatus* foi traduzido para o alemão por KANTOROWICZ, Hermann U.. A tradução para o italiano de diversos trechos importantes da obra de Alberto da Gandino pode ser encontrada em MAFFEI, Elena. ***Dal reato alla sentenza: il processo criminale in età comunale***. Roma: Edizioni di Storia e Letteratura, 2005. Sobre a vida de Alberto da Gandino recomenda-se o detalhado estudo realizado por GANDINI, Luigi Alberto. ***Alberto Da Gandino. Giureconsulto Del Secolo XIII***, Modena: Società Tipográfica, 1885, republicada em forma de *fac-simile* por Kessinger Publishing's, 2010.

<sup>1034</sup> Outras também se destacam, a exemplo da já referida obra de BEAUMANOIR, Philippe de, e também de DURAND, Guillaume (*Speculum iudiciale*, 1271), dentre outros.

e é “modernamente” (século XIX até hoje) citado, dentre outros, por Enrico Pessina<sup>1035</sup>, Vincenzo Manzini<sup>1036</sup>, Francesco Carrara<sup>1037</sup> e por Franco Cordero<sup>1038</sup>, como fonte de suas pesquisas e base da construção de seus discursos.

Antes de Gandino, ainda no século XIII, a obra mais referida era a *Ordo Iudiciorum* de Guido da Suzzara, a qual sequer considerava a *inquisitio* como uma forma processual<sup>1039</sup>. A *inquisitio*, como se verá, aparece – ao lado de outros modelos de iniciativa processual – no IV Concílio de Latrão, com Inocêncio III e, entre 1215 e 1220 nos textos dos comentadores canonistas a exemplo de Vincenzo Ispano, Giovanni Teutonico, Damaso<sup>1040</sup> e, mais detalhadamente, na *Summula de Criminibus* de Tancredi di Bologna<sup>1041</sup>. O interessante é que o processo de conotação canônica estava mais preocupado com a repercussão negativa de como o fato era percebido pela paróquia do que propriamente com o quanto era alegado pelas partes. Ou seja: o processo era conduzido visando evitar o “dano que a fama negativa dos comportamentos” poderia acarretar à autoridade da Igreja, como destaca Massimo Vallerani, o qual também refere que os Papas Inocêncio III, Honório III e Gregório IX igualmente “detestavam os jûris populares e as intromissões diretas dos fiéis nas coisas da Igreja”<sup>1042</sup>. Sucede que, nos moldes referidos por Massimo Vallerani, “visto no seu ambiente, cada processo assume uma configuração diferente, seja pela flexibilidade do instrumento inquisitório, que consignava à fama e à valoração arbitrária por parte do juiz um poder muito amplo, seja pelas peculiares relações dos juízes vinculados à sociedade política local a qual nem sempre concordava com o mesmo *iter*

<sup>1035</sup> PESSINA, Enrico. *Storia ...*, pp. 77 e 78.

<sup>1036</sup> MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ob. cit., p. 17.

<sup>1037</sup> Ainda que de forma implícita como visto acima.

<sup>1038</sup> CORDERO, Franco. *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*. Roma-Bari: Editori Laterza, 1986, pp. 182 e ss..

<sup>1039</sup> VALLERANI, Massimo. *La Giustizia Pubblica Medievale*. Bologna: Il Mulino, 2005, p. 39.

<sup>1040</sup> VALLERANI, Massimo. *Procedura e giustizia nelle città italiane del basso medioevo (XII-XIV secolo)*. Ob. cit.

<sup>1041</sup> FRAHER, Richard M. *Tancred's Summula de Criminibus: a new text and a key to the Ordo Iudicarius*. 9 Bulletin of Medieval Canon Law, 1979, pp. 23-35.

<sup>1042</sup> VALLERANI, Massimo. *Procedura e giustizia nelle città italiane del basso medioevo (XII-XIV secolo)*. Ob. cit. No mesmo sentido o artigo de ASCHERI, Mario. *Le fonti e la flessibilità del diritto commune: il paradosso del consilium sapientes*. Abstract in: ASCHERI, Mario; BAUMGARTNER, Ingrid e KIRSHNER, Julius (Organizadores). *Legal Consulting in the Civil Law Tradition. Studies in Comparative Legal History*. Berkeley: Robbins Collection Publications, 1999, p. 393.

procedimental ou com um êxito predeterminado”<sup>1043</sup>. Ou seja, o rito não era único ou mesmo padronizado e sofria fortes influências externas que poderiam alterar seu rumo. Seja como for, os variados procedimentos vão sendo adotados em parte também pelo poder secular e alguns anos mais tarde – 1286 – Alberto da Gandino<sup>1044</sup> igualmente vai explorá-los, inclusive a *accusatio* e a *inquisitio*, esta iniciada em decorrência da má-fama. Gandino, como já destacado, acaba sendo a grande fonte de referência da doutrina do século XIX.

Segundo informa Cordero<sup>1045</sup>, Gandino propunha a seguinte indagação: “O que é a acusação e quando o acusador é necessário?” e, em seguida, expunha “a forma como se julgam os delitos por inquisição”<sup>1046</sup>. Por outro lado, Cordero também apresenta críticas a Alberto da Gandino, dizendo que ele copiou quase *ipsis litteris* a obra anônima “*Tractatus de tormentis*”, não obstante acredite que o tenha feito sem intenção de plagiar e que ele foi um “aficionado pelo dado técnico, e fora daí sabe muito pouco ou nada”, culminando por rotulá-lo de “ignorante, iletrado, habilíssimo nas citações”<sup>1047</sup>, no sentido de que seu texto se aproximava do plágio de outros autores.

Não é demais repisar que à época em que Alberto da Gandino escreveu – 1286 – ainda se não tinha uma visão sistemática do processo e sua obra decorre do que a Igreja Católica havia então regulamentado sobre o processo penal e, ainda, da prática por ele vivenciada na Itália (Gandino atuou como Juiz de Apelação e/ou Jurisconsulto nas cidades de Siena, Bologna, Perugia, Firenze, Lucca, Parma e Modena<sup>1048</sup>), naquele distante século XIII. Com efeito, segundo refere Massimo Vallerani, Gandino escreveu sua obra “dentro de um quadro empírico de diferentes referências jurídicas e

<sup>1043</sup> VALLERANI, Massimo. *Procedura e giustizia nelle città italiane del basso medioevo (XII-XIV secolo)*. Ob. cit. Tradução nossa. No original, em italiano: *Visto nel suo ambiente, ogni processo assum una configurazione diversa, sia per la flessibilità dello strumento inquisitorio, che assegnava alla fama e alla sua valutazione arbitraria da parte del giudice un potere amplissimo, sia per le peculiar relazioni dei giudici legati con la società politica locale che non consentiva sempre il medesimo iter procedurale o un esito predeterminato*.

<sup>1044</sup> GANDINUS, Albertus. *Strafrecht der Scholastik*. Von KANTOROWICZ, Hermann U., Berlin: J. Guttentag, 1907, pp. 203 e ss.

<sup>1045</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo I, Tradução para o espanhol de Jorge Guerrero, Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, p. 21.

<sup>1046</sup> Segundo CORDERO, Franco. Ob. cit., p. 21.

<sup>1047</sup> CORDERO, Franco. *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*. Roma-Bari: Editori Laterza, 1986, p. 184 e ss.. Tradução nossa. No original, em italiano: *Ferratissimo sul dato tecnico, fuori da lì sa poco o niente* (...) *“Ignorante, sgrammaticato, abilissimo nelle citazioni*.

<sup>1048</sup> Segundo GANDINI, Luigi Alberto. Ob. cit., p. 46.

políticas: o direito Lombardo, os decretos, as práticas correntes, o conselho de Frederico II, as opiniões dos professores ilustres”<sup>1049</sup>. E, prossegue Vallerani, “não surpreende que no momento de definir uma sucessão de atos segundo critérios técnicos coerentes” Alberto da Gandino “tenha se apoiado nos textos de Inocêncio contidos no *Liber Extra*, os quais constituem, como veremos, a trama linguística e ideológica dos capítulos procedimentais”<sup>1050</sup>. Na mesma linha também esclarece Luis Luisi:

*A primeira obra especificamente penal que chegou até nós foi a de Alberto Gandino, Tractatus de Maleficiis. Seu autor era um prático, sem atividade docente. Foi Juiz em Florença, Bolonha, e outras cidades italianas, no primeiro quartel do século XIV*<sup>1051</sup>. *Foi chamado por numerosos autores de magnus praticus. O grande mérito de seu tratado foi dar um tratamento distinto às normas penais, como um conjunto, ou seja, como um ramo específico do direito. Na elaboração de seu livro, teve presente, não só a legislação romana e canônica, mas os “Estatutos” de diversas cidades italianas de seu tempo, os ensinamentos dos glosadores, e a legislação longobarda. Mas, sobretudo valeu-se de sua vivência prática do direito, da sua longa experiência de Juiz. O seu tratado destinou-se aos operadores do quotidiano forense, não se lhe podendo atribuir propósitos científicos.*<sup>1052</sup>

Por isso, o que se deve considerar é que Alberto da Gandino é fruto de seu tempo e escreveu à luz de uma visão prática, pautado pelas orientações sedimentadas por outros práticos de seu tempo<sup>1053</sup> e também pela Igreja Católica que já vinha

<sup>1049</sup> VALLERANI, Massimo. *Procedura e giustizia nelle città italiane del basso medioevo (XII-XIV secolo)*. Ob. cit., Tradução nossa. No original, em italiano: *dentro una cornice empirica di riferimenti giuridici e politici diversi: il diritto lombardo, le decretali, la prassi corrente, i consigli di Federico II, pareri di illustri maestri*.

<sup>1050</sup> VALLERANI, Massimo. *Procedura e giustizia nelle città italiane del basso medioevo (XII-XIV secolo)*. Ob. cit., Tradução nossa. No original, em italiano: *neanche sorprende che al momento di definire una successione di atti secondo criteri tecnici coerenti si sia appoggiato ai testi innocenziani contenuti nel Liber Extra, che costituiscono, come vedremo, la trama linguistica e ideologica dei capitoli procedurali*.

<sup>1051</sup> A data está errada, pois como demonstra detalhadamente GANDINI, Luigi Alberto. Ob. cit., p. 37, Alberto da Gandino viveu, muito provavelmente, pelos registros históricos primários, entre os anos de 1230 e 1295, ou seja, durante o século XIII e não XIV e sua obra maior – *Tractatus de Maleficiis* foi escrito nos anos 1286 a março de 1287.

<sup>1052</sup> LUISI, Luis. **Tibério Deciani e o Sistema Penal**, in Revista Direito e Democracia. Canoas: Ulbra, 2000, pp. 189 a 208.

<sup>1053</sup> Franco Cordero apresenta uma “compilação” das fontes referidas por Gandino, indicando, inclusive, a quantidade de vezes que os autores são citados: Accursio (166 vezes), Dino del Mugello (69), Odofredo (59), Guido da Suzzara (58), Azzone (51), Guglielmo Durante (32), Iacopo d’Arena (27),

adotando um modelo de *inquisitio* na indagação dos pecados, nos séculos X, XI e XII, iniciado, sobretudo, em decorrência da má fama do sujeito. Segundo Jean-Marie Carbasse, Gandino registrou que “a ação pública justificada pelo interesse geral não será paralisada por um acordo privado. Este acordo tem valor apenas entre as partes, e não vale *erga omnes*”<sup>1054</sup>.

Aliás, é interessante repisar que o texto produzido por Alberto da Gandino, no plano do processo penal, é baseado na interpretação e no emprego prático, acrescido de comentários, do quanto ficou legislado cinquenta e um anos antes sob o patrocínio de Lotario di Segni, o Papa Inocêncio III<sup>1055</sup>, no texto final do IV Concílio de Latrão, em 1215, considerado o marco inaugural que permitiu a implantação da Inquisição pela Igreja Católica<sup>1056</sup>.

Mas na essência, o que se percebe é uma ampla variação de dados no texto de Alberto da Gandino, fruto de sua tentativa de orientar os demais juízes e conflitante com o quanto ele mesmo realizava na prática, conforme anota, com precisão, Massimo Vallerani:

*Gandino era um juiz profissional de elevados gostos culturais: o aparato de citações de seu tratado comprova isso. Mas a essa pretensão de ser juiz e jurista (ainda que de segunda mão) deve-se muito das contradições ambíguas de seu panfleto. Por um lado, é claro que Gandino procura elaborar os critérios básicos de julgamento, no intuito de ajudar os juízes a tomar uma decisão sob a forma de sentença. Em apoio a este esforço coloca uma ideologia da pena na qual o juiz torna-se o intérprete e o defensor dos interesses da “res publica”: cada delito cometido implica um dano para a “res publica”, que exige sempre a sua reparação. Por outro lado, seu panfleto alimenta-se principalmente das “questiones de facto” resolvidas de diferentes maneiras e em diferentes momentos pelos principais juristas do século XIII, muitas vezes em contradição com os outros colegas e com ele mesmo. As “questiones” constituem, assim, um material*

---

Martino da Fano (23), Bernardo da Parma (21), Uberto da Bobbio (18), Ricardo Malombra (03) Pasciupauper (01) e Iohannes de Angusellis (01). CORDERO, Franco. **Criminalia**. Ob. cit., p. 186.

<sup>1054</sup> CARBASSE, Jean-Marie. Ob. cit., p. 186. Tradução nossa. No original em francês: *l'action publique justifiée par l'intérêt general ne saurait être paralysée par un accord privé. Cet accord n'a de valeur qu'entre parties, il ne vaut pas “erga omnes”*.

<sup>1055</sup> A respeito da vida e da influência de Inocêncio III neste crucial momento da história, vide, dentre outros, o excelente romance biográfico de LAVEAGA, Gerardo. **O Sonho de Inocêncio**. Tradução para o português de Sandra Martha Dalinecy, São Paulo: Planeta, 2007.

<sup>1056</sup> Vide, dentre outros: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., p. 02.

*perigoso, fundado na dúvida e num esquema dialético estruturalmente incapaz de estabelecer um sistema. Gandino faz uma série de escolhas conscientes, selecionando as opiniões que reforçam o seu sentido de "estado", mas esta seleção é confrontada com a natureza fragmentária e episódica de um "corpus" de opiniões baseadas em "casus".*<sup>1057</sup>

Como se vê, ao escrever seu "*Tractatus*", o próprio Alberto da Gandino fez suas seleções de práticas e opiniões alheias que lhe serviam para estabelecer critérios amoldados à sua ideia de atuação do Estado, mas não é possível delas extrair um "sistema", como referido por Massimo Vallerani, o qual ainda sintetiza sua compreensão da obra de Gandino, dizendo que "em suma, o *De maleficiis* é um trabalho complexo, que revela um estado de tensão aguda entre o direito do juiz e o direito dos doutores e uma difícil construção de uma ciência empírica do processo que muda as fontes e os métodos de acordo com os temas tratados e os diferentes modelos processuais examinados"<sup>1058</sup>.

Cabe, aqui, um importante parêntese. Ao se insistir quanto à inexistência de um "sistema inquisitório", assim rotulado, com as características plenas como fez a doutrina do século XIX em diante, não se quer afirmar que a Igreja não tenha pensado em ampliar a repressão contra seitas dissidentes, inclusive se valendo do processo penal canônico para tanto. No mesmo sentido, também não se quer dizer que não possam ter havido modelos diferentes de busca de solução de casos penais e que o método inquisitivo de buscar a "verdade" não seja absolutamente diverso do primitivo

<sup>1057</sup> VALLERANI, Massimo. *Procedura e giustizia nelle città italiane del basso medioevo (XII-XIV secolo)*. Ob. cit., Tradução nossa. No original, em italiano: *Gandino era un giudice professionale di altissimi gusti culturali: l'apparato di citazioni del suo trattato lo dimostra. Ma in questa pretesa di essere al tempo stesso giudice e giurista (anche se di seconda mano) risiede buona parte delle ambigue contraddizioni del suo libello. Da un lato, è evidente che Gandino cerca di elaborare i criteri di base del giudizio, in grado di aiutare i giudici a prendere una decisione in forma di sentenza. A sostegno di questo sforzo pone un'ideologia della pena in cui il giudice diventa l'esecutore e il difensore degli interessi della repubblica: ogni reato commesso comporta un danno alla repubblica che esige sempre e comunque la sua riparazione. D'altro canto, il suo libello si nutre in gran parte di questiones de facto risolte in modi diversi e in momenti diversi dai maggiori giuristi del Duecento, spesso in contraddizione con gli altri colleghi e con sé stessi. Le questiones costituiscono dunque un materiale pericoloso, fondato sul dubbio e su uno schema dialettico strutturalmente inadatto a fondare un sistema. Gandino opera una serie di scelte consapevoli, selezionando i pareri che rafforzano il suo senso dello «stato», ma questa selezione si scontra con la natura frammentaria ed episodica di un corpus di pareri fondato su casus.*

<sup>1058</sup> VALLERANI, Massimo. *Procedura e giustizia nelle città italiane del basso medioevo (XII-XIV secolo)*. Ob. cit., Tradução nossa. No original, em italiano: *Insomma il De maleficiis è opera complessa, che tradisce uno stato di tensione acuta fra il diritto del giudice e il diritto dei dottori e una faticosa costruzione di una scienza empirica del processo che cambia fonti e metodi secondo i temi trattati e i diversi modelli procedurali esaminati.*

modelo de duelo ou de ordálias e mesmo não tenha sido empregado com maior frequência a partir do século XIII. Não se quer, em suma, dizer que não haviam inúmeros casos nos quais o processo tinha início de ofício – seguindo o *Liber Extra*<sup>1059</sup> de Gregório IX (1234), que orientava a Igreja para não deixar de perquirir de ofício<sup>1060</sup>. O que se afirma, outrossim, é que este método não revela, por si só, um pretensão “sistema” inquisitório, com todas as características e estruturas plenas apresentadas pela doutrina a partir do século XIX e também que, ao lado dele, e mesmo mesclado a ele, na mesma época e em distintos locais na Europa foram adotados diversos modelos processuais, sem uma precisão ou pretensão científica e, assim, até mesmo a *inquisitio* não ganhava os pretendidos contornos de pureza sistemática. Nesse sentido, Mario Sbriccoli, analisando a obra de Alberto da Gandino e trabalhando com casos da época, precisamente alerta:

*Dizendo “publicização”, procuro referir ao ingresso (ativo) do sujeito público na dinâmica substancial “privatista” que caracterizava naquela fase – e teria continuado a condicionar ainda por muito tempo – as práticas da justiça penal dentro das cidades. A ação penal e o processo que se segue, assumidos aqui como espiões da “natureza” do ordenamento jurídico punitivo, assistem à aparição de um ator posterior em relação aos dois tradicionais (a vítima, ou o seu “entourage” de um lado/o autor, com o seu, do outro), o qual assume uma parte que aparecerá sempre mais relevante. Uma parte, sublinho, de ator importante, mas não único: um protagonista de peso, mas nem sempre preponderante, que deve ganhar o seu papel. Acrescento que este processo de publicização somente tem limitadamente a ver com aquele que possamos indicar, por convenção, como ‘o advento (progressivo) do inquisitório’. Em todo caso, trata-se de um componente que encontra o modo de tornar-se compatível com a estrutura acusatória da ação; e mesmo lá onde impõe a possibilidade (ou o dever – de ‘officium’ – para o juiz) de proceder para um crime prescindindo da vontade ou do assentimento da vítima, não sai, senão potencialmente, ou somente em parte, da lógica da ‘accusatio’.*

*De resto, antecipando uma classificação ‘possível’, sobre a qual retornarei, me parece ser necessário dizer que aqueles que nós percebemos, ou tendemos a ‘ver’, como dois modelos processuais distintos – o acusatório, o inquisitório – não aparecem, todavia, como ‘modus procedendi’ perfeitamente distintos. Trata-se de maneiras processuais diversificadas sob três*

<sup>1059</sup> Abreviação de *Liber Decretalium extra Decretum Gratiani vagantium* ou *Decretalium compilatio*.

<sup>1060</sup> GREGÓRIO IX. **Decretalium compilatio**. Disponível em <http://www.intratext.com/IXT/LAT0833/>, acesso em 21 de novembro de 2014: *Liber Primus. Titulus XXXI. De officio iudicis ordinarii. Cap. I. Episcopi in suis dioecesisibus possunt crimina inquirere et punire, et, quum opus fuerit, invocare brachium seculare.*

*distintos perfis, os quais, todavia, podem ser interligados entre eles no efetivo desenvolvimento do processo.*<sup>1061</sup>

Para compreensão da dinâmica daquele tempo, vale uma breve imersão na problemática enfrentada pela Igreja Católica no século XIII e nas diferentes soluções que esta buscou, com especial enfoque ao processo penal.

Como já destacado, a crescente proliferação das seitas e dissidências da religião católica é que vai provocar uma reação da Igreja Católica, a qual lança mão, ao longo dos séculos XIII a XVIII, de quatro diferentes expedientes para eliminar, inicialmente os cátaros e, posteriormente, todos os demais “hereges”<sup>1062</sup>: a força bruta, a preferência por um modelo de processo penal denominado *inquisitio*, a concentração

---

<sup>1061</sup> SBRICOLI, Mario. “Vidi Communiter Observari”. *L’emergione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*. In: **Quaderni Fiorentini, XXVII**. Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno. Firenze: Università degli Studi di Firenze, 1998, pp. 231-268. Tradução nossa. No original, em italiano: *Dicendo ‘pubblicizzazione’, intendo riferirmi all’ingresso (attivo) del soggetto pubblico nella dinamica sostanzialmente ‘privatistica’ che caratterizzava in quella fase – e avrebbe continuato a condizionare per molto tempo ancora – le pratiche di giustizia penale all’interno delle città. L’azione penale ed il processo che ne consegue, assunti qui come spie della ‘natura’ dell’ordenamento punitivo, vedono l’apparizione di un attore ulteriore rispetto ai due tradizionalisti (la vittima, o il suo ‘entourage’ da un lato/l’autore, con il suo, dall’altro), il quale assume una parte che apparirà sempre più rilevante. Una parte, sottolineo, di attore importante ma non unico: un protagonista di peso, ma non sempre preponderante, che deve guadagnarsi il suo ruolo. Aggiungo che questo processo di pubblicizzazione ha solo limitatamente a che fare con quello che possiamo indicare, per convenzione, come ‘l’avvento (progressivo) dell’inquisitorio’. In ogni caso, si tratta di una componente che trova il modo di rendersi compatibile con la struttura acusatória dell’azione; ed anche là dove impone la possibilità (o il dovere – l’officium – per il giudice) di procedere per un crimine prescindendo dalla volontà o dall’assenso della vittima, non esce, se non potenzialmente, o soltanto in parte, dalla logica dell’accusatio. Del resto, anticipando una classificazione ‘possibile’, sulla quale tornerò, mi pare di dover dire che quelli che noi percepiamo, o tendiamo a ‘vedere’, come due modelli processuali distinti – l’accusatorio, l’inquisitorio – non appaiono tuttavia come ‘modus procedendi’ perfettamente sceverati. Si tratta di maniere processuali diversificate sotto tre distinti profili, tali tuttavia da poter essere reintrecciate tra loro nell’effettivo svolgimento del processo.*

<sup>1062</sup> Em EYMERICH, Nicolau. **Directorium Inquisitorum – Manual dos Inquisidores**, escrito em 1376, traduzido por Maria José Lopes da Silva, Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 36, encontra-se a seguinte síntese a respeito de quem devia ser considerado “herege”: *Aplicar-se-á, do ponto de vista jurídico, o adjetivo herético em oito situações bem definidas. São heréticos: a) os excomungados; b) os simoníacos; c) quem se opuser à Igreja de Roma e contestar a autoridade que ela recebeu de Deus; d) quem cometer erros na interpretação das Sagradas Escrituras; e) quem criar uma nova seita ou aderir a uma seita já existente; f) quem não aceitar a doutrina romana no que se refere aos sacramentos; g) quem tiver opinião diferente da Igreja de Roma sobre um ou vários artigos de fé; h) quem duvidar da fé cristã.*



do saber dentro de seus limites com a adoção de rol de livros proibidos<sup>1063</sup> e a expropriação das culturas.

A primeira providência foi adotada pelo Papa Lucio III, em 04 de novembro de 1184, com a Bula *Ad Bolendam*, proclamando a perseguição às heresias dos “Cátaros, Patarinos, aqueles que são designados pelo falso nome de Humilhados ou Pobres de Lyon, Passaginos, Josefinos e Arnaldistas”<sup>1064</sup>. Alguns anos depois, o Papa Inocêncio III editou outra Bula (*Vergentis in senium*, de 25 de março de 1199, dirigida aos magistrados de Viterbo<sup>1065</sup>) equiparando a heresia ao crime de lesa majestade<sup>1066</sup>. Inocêncio III também enviou o monge Dominic de Guzmán (hoje conhecido como São Domingos), juntamente com outros dois missionários – Diogo de Osma e Raul de Fontfroid<sup>1067</sup> à região de Albi, no sul da França<sup>1068</sup>, com a missão de frear o crescimento cátaro, mas os enviados não conseguiram seu intento em grande parte porque os cátaros eram excelentes pregadores de sua fé e, assim, convenciam facilmente quem lhes cruzasse o caminho. Essa situação provocou uma crescente preocupação em Dominic, que a transmitiu diretamente ao Papa Inocêncio III. Este, no intuito, literalmente, de exterminar os cátaros do sul da França, promoveu alianças com os nobres franceses. Para arregimentar os exércitos, o Papa lhes permitiu a pilhagem e o apossamento de propriedades dos vencidos, estando eles agindo sob o seu manto protetor. Promoveu-se, então, uma cruzada interna (conhecida como Cruzada

<sup>1063</sup> Em Portugal, por exemplo, o primeiro “rol de livros defesos” data de 1541, com a fiscalização da importação de livros, conforme: PAYAN MARTINS, Maria Teresa Esteves. **A Censura Literária em Portugal nos Séculos XVII e XVIII**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 708.

<sup>1064</sup> Bula *Ad Bolendam*. Constituição Apostólica de Lúcio III. Verona, 04 de novembro de 1184. In: RUST, Leandro Duarte. Bulas Inquisitoriais: *Ad Bolendam* (1184) e *Vergentis in Senium* (1199). In: **Revista de História**, São Paulo, nº 166, pp. 129-161, janeiro/junho de 2012, disponível em <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/viewFile/48532/52451>, acesso em 26 de maio de 2015, pp. 150 e ss..

<sup>1065</sup> Bula *Vergentis in Senium*. Cartas Decretais de Inocêncio III. Roma, 25 de março de 1199. In: RUST, Leandro Duarte. Bulas Inquisitoriais: *Ad Bolendam* (1184) e *Vergentis in Senium* (1199). In: **Revista de História**, São Paulo, nº 166, pp. 129-161, janeiro/junho de 2012, disponível em <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/viewFile/48532/52451>, acesso em 26 de maio de 2015, pp. 156 e ss..

<sup>1066</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., p. 02.

<sup>1067</sup> Conforme detalha BARROS, Maria Nazareth Alvim de. **Deus Reconhecerá os Seus. A História Secreta dos Cátaros**. Rio de Janeiro: Rocco, 2007, p. 32 e ss..

<sup>1068</sup> A esse respeito, dentre outros, vide: FALBEL, Nachman. **Heresias Medievais**. 1ª edição, reimpressão. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 44.

Albigense<sup>1069</sup>), iniciada em 1209. A sanha passou a ser tamanha que, diante de um questionamento feito por um general francês a respeito de como identificar quem era cátaro e de como não o confundir com um católico, o núncio papal Arnold Amaury culminou por dizer: “Matem todos, Deus saberá quem são os seus”<sup>1070</sup>. Com isso se deu o massacre inicial de mais de quinze mil homens, mulheres e crianças, situação que, após longas outras batalhas, somente foi encerrada em 1255 com o fim da resistência cátara<sup>1071</sup>.

Inocêncio III era um estrategista, muito inteligente e, ao lado do uso da força, buscou reforçar a posição da Igreja Católica com a realização do Quarto Concílio de Latrão, em 1215, em Roma. Na ocasião, Inocêncio III acabou autorizando o próprio Dominic a fundar uma nova ordem cristã (que posteriormente ganhou o seu nome: “Ordem dos Dominicanos”), com o objetivo de servir de instrumento imediato à implantação do antigo sistema de processo penal dos romanos, o que vai ser o embrião das famosas Inquisições da Igreja Católica<sup>1072</sup>.

Assim, no início, passou-se a contar com a contribuição da Ordem dos Dominicanos, sempre a manter como norte de atuação a limitação do saber e da cultura aos domínios da Igreja. Por conta dessa necessidade de manter o povo ignorante e reservar o conhecimento para a Igreja, impedindo que novas seitas se sobressaíssem no plano teológico, é que os livros considerados “proibidos” passaram a ser enumerados e, quando não eram queimados em praça pública, ficavam enclausurados em bibliotecas secretas nos mosteiros europeus continentais<sup>1073</sup>. Para

<sup>1069</sup> Os cátaros também eram chamados de albigenses, porque mantinham como centro de suas atividades a cidade francesa de Albi. Segundo FALBEL, Nachman. Ob. cit., p. 37, os “albigenses” eram considerados todos os heréticos da região a exemplo dos próprios cátaros e também dos valdenses.

<sup>1070</sup> Segundo O’SHEA, Stephen. **A Heresia Perfeita: a vida e a morte revolucionária dos Cátaros na Idade Média**. Tradução de André Luiz Barros, Rio de Janeiro: Editora Record, 2005, p. 19. No mesmo sentido também BURL, Aubrey. **Hereges de Deus: a cruzada dos Cátaros e Albigenses**. Tradução de Ana Carolina Trevisan Camilo. São Paulo: Madras, 2003, p.

<sup>1071</sup> Segundo narram BAIGENT, Michael e LEIGHT, Richard. **A Inquisição**. Tradução de Marcos Santarrita, Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 28 e ss. e também HAUGHT, James A. **Perseguições Religiosas**. Tradução de Bete Torii, Rio de Janeiro: Ediouro, 2003, p. 55.

<sup>1072</sup> Conforme BAIGENT, Michael e LEIGHT, Richard. **A Inquisição**. Ob. cit., 2001, p. 32 e ss.. A respeito da importância de Dominic de Guzmán como símbolo da Inquisição pode ser vista em BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 191.

<sup>1073</sup> Sobre este aspecto, é magistral o romance de ECO, Umberto. **O Nome da Rosa**. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. 42ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004, onde a biblioteca localizada numa Abadia no interior da Itália, é precedida de um labirinto que visa

que se tenha noção do grau de paranoia dos comandantes da Igreja Católica, seu índice de livros proibidos somente foi abolido em 1966<sup>1074</sup>.

Outro dado relevante nesse aprisionamento cultural é que ao não conseguir aplacar costumes e festas pagãs dos bárbaros a Igreja simplesmente os incorporou ao calendário católico, substituindo as crenças ou “transformando” os deuses pagãos em santos cristãos. Neste sentido, é interessante o relato de Manchester:

*Assim, as igrejas cristãs foram construídas sobre as bases dos templos pagãos, e nomes de santos bíblicos foram atribuídos a bosques considerados sagrados séculos antes do nascimento de Jesus. As festas pagãs ainda eram muito populares; a Igreja, portanto, as expropriou. Pentecostes suplantou a Florália, o Dia de Todos os Santos substituiu um festival para os mortos, a festa da purificação de Ísis e a Lupercália romana foram transformadas na festa da Natividade. A Saturnália, quando até os escravos desfrutavam grande liberdade, tornou-se o Natal; a ressurreição de Átis, a Páscoa.*<sup>1075</sup>

Nem mesmo as deusas pagãs “escaparam”, valendo identificar, por todas, Santa Brígida, considerada a deusa *Brigit* dos celtas<sup>1076</sup>.

Mas o modelo processual preferencial de *inquisitio* foi sendo construído, em grande medida, a partir da ideia de uma busca da verdade divina, muito pregada por Inocêncio III (aliás, quando este referia a *inquisitio*, referia à *inquisitio veritas*, isto é, à “busca da verdade”<sup>1077</sup>) através do aproveitamento da confissão como tradição judaico-cristã e da elevação da confissão a cânone que deveria ser rigorosamente seguido

---

impedir seu amplo acesso. Da obra de Umberto Eco destaca-se, nesse aspecto, a seguinte passagem, página 217: *Eis, eu me disse, as razões do silêncio e da escuridão que circundam a biblioteca, ela é reserva de saber, mas pode manter esse saber intacto somente se impedir que chegue a qualquer um, até aos próprios monges.*

<sup>1074</sup> BAIGENT, Michael e LEIGHT, Richard. **A Inquisição**. Ob. cit., p. 152.

<sup>1075</sup> MANCHESTER, Willian. **Fogo sobre a Terra: a mentalidade medieval e o Renascimento**. Tradução de Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 35.

<sup>1076</sup> Sobre o tema vide, dentre outros: SAINERO, Ramón. **Sagas Celtas Primitivas**. Madrid: Ediciones Akal, 1993, p. 72; e BLANC, Claudio. **Guia da Mitologia Celta: a magia da mitologia Celta**. On Line Editora, Disponível em <https://books.google.com.br/books?id=-HUPCAAQBAJ&pg=PT46&dq=santa+br%C3%ADgida+brigit+celta&hl=pt-BR&sa=X&ei=d1hVZHcNIWIno-rgbAF&ved=0CCkQ6AEwAA#v=onepage&q=santa%20br%C3%ADgida%20brigit%20celta&f=false>, acesso em 24 de maio de 2015, p. 48.

<sup>1077</sup> VALLERANI, Massimo. *Modeli di Verità. Le Prove nei Processi Inquisitori*. In: GAUVARD, Claude (Organizador). **L'enquête au Moyen Âge. Etudes**. Roma: Collection de l'Ecole Française de Rome, 2008, pp. 123-142, p. 124.

pelos cristãos, sempre com o já conhecido embasamento do pensamento de Santo Agostinho, acima destacado.

De fato, segundo se observa do Antigo Testamento (ou Torá para os judeus), a confissão sempre foi uma forma de expiação dos pecados nestas duas religiões irmanadas, e vem revelada, em particular, nas seguintes passagens, respectivamente, de Levítico, 5.5; Levítico 25.40; de Números, 35.5 e também no salmo Confissão e Perdão, de Davi:

*Em qualquer desses casos<sup>1078</sup>, a pessoa é considerada culpada tão logo ela descobre o que fez. Quando ela é culpada em qualquer desses casos, deve confessar o pecado que cometeu.<sup>1079</sup>*

(...)

*Eles então confessarão seus pecados e os pecados de seus pais por serem falsos e permanecerem indiferentes a Mim.<sup>1080</sup>*

(...)

*D'us falou a Moisés, dizendo-lhe para falar (como segue) aos israelitas:*

*Se um homem ou mulher peca contra seu semelhante, assim sendo falso a D'us, e tornando-se culpado de um crime, ele deve confessar o pecado que cometeu.<sup>1081</sup>*

(...)

*Bem-aventurados aqueles cujas iniquidades são perdoadas, e cujos pecados são cobertos.*

*Bem aventurado o homem a quem o Senhor não imputou pecado, e cujo espírito é isento de dolo.*

*Porque calei, e envelheceram os meus ossos, enquanto clamava todo o dia.*

*Porque a tua mão se fez pesada sobre mim de dia e de noite; eu me converti na minha miséria, enquanto se crava a espinha.*

*Eu te manifestei o meu pecado, e não ocultei a minha injustiça. Eu disse: Confessarei ao Senhor contra mim a minha injustiça; e tu me perdoaste a impiedade do meu pecado<sup>1082</sup>. (...)*

<sup>1078</sup> Os casos a que se refere a Bíblia são alusivos ao falso testemunho e a violação de objetos e animais considerados impuros para os judeus.

<sup>1079</sup> **BÍBLIA. A.T. Pentateuco. A Tora Viva – Os cinco livros de Moisés e as Haftarot: uma nova tradução baseada em fontes judaicas tradicionais, com comentários, introdução, mapas, tabelas, gravuras, bibliografia e índice remissivo.** Por Aryeh Kaplan. Tradução por Adolpho Wasserman, São Paulo: Maayanot, 2000, p. 516.

<sup>1080</sup> **BÍBLIA. A.T. Pentateuco. A Tora Viva.** Ob. cit., p. 644.

<sup>1081</sup> **BÍBLIA. A.T. Pentateuco. A Tora Viva.** Ob. cit., p. 682.

<sup>1082</sup> **BÍBLIA SAGRADA READER'S DIGEST.** Rio de Janeiro: Reader's Digest do Brasil, 2001, p. 458.

No entanto, o que é importante considerar, segundo relata Michel Foucault<sup>1083</sup>, é ser a confissão, particularmente no cristianismo primitivo, vista como voluntária, espontânea, feita de forma coletiva seguindo a tradição judaica<sup>1084</sup> e prestada publicamente perante a Igreja, bastando, por todos os pecados, uma única confissão na vida.

Em termos de registros históricos deste início do cristianismo o exemplo mais marcante da confissão, quase como uma necessidade de vida, é revelado na obra “Confissões” de Santo Agostinho, estruturada, justamente, como um *mea culpa* pelo “furto das pêras”, na adolescência<sup>1085</sup>; pelas inúmeras incursões de ordem sexual, vistas, já então, com caráter herético; e, nas próprias palavras de Agostinho, pelo fato dele ter sido “seduzido e sedutor, enganado e enganador”<sup>1086</sup>.

Com o passar dos tempos, por volta do século VI a confissão foi se transformando, paulatinamente, em obrigação individualizada, ao mesmo tempo em que foi perdendo a referência necessária da Igreja, ou seja, os seguidores da religião católica deixaram de condicionar a validade de sua confissão à presença da Igreja, para admitir que a confissão fosse válida se feita a qualquer pessoa leiga, já que a humilhação da revelação bastava como penitência. Isso provocou uma natural perda de poder da Igreja como instituição, o que foi revertido quando da institucionalização da confissão como sacramento compulsório no século XIII.

Nesse aspecto, o que releva considerar é que a busca da confissão passou a interessar não apenas como instrumento de identificação e expiação dos pecados, mas principalmente como instrumento de controle social, sendo institucionalizada pela própria Igreja (pelo Papa Inocêncio III, no referido IV Concílio de Latrão, em 1215), e

---

<sup>1083</sup> FOUCAULT, Michel. **Os Anormais**, Tradução de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 211 e ss..

<sup>1084</sup> Conforme SUFFERT, Georges. **Tu és Pedro: santos, papas, profetas, mártires, guerreiros, bandidos. A história dos primeiros 20 séculos da Igreja fundada por Jesus Cristo**. Tradução de Adalgisa Campos da Silva, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 39.

<sup>1085</sup> AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Tradução de Alex Martins, São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 55 e ss..

<sup>1086</sup> AGOSTINHO, Santo. Ob. cit., p. 79.

acabou transformada em sacramento exigido de todos os homens acima de quatorze anos e todas as mulheres acima dos doze<sup>1087</sup>. Diz o texto papal:

*Todo fiel, de ambos os sexos, após ter atingido a idade da discrição, deve confessar fielmente e em particular os seus pecados, ao menos uma vez por ano, ao próprio sacerdote, fazendo o possível para cumprir, com todas as suas forças, a penitência por ele infligida e recebendo, ao menos na Páscoa, o sacramento da eucaristia. Se alguém, por uma justa causa, quiser confessar os seus pecados a um sacerdote estranho, deve antes pedir e obter a licença do próprio sacerdote, sem a qual o sacerdote estranho não o pode nem desatar, nem ligar.*<sup>1088</sup>

Esta estratégia de direito penitencial passou a ser incorporada pelos Santos Ofícios da Inquisição também quando, em caravanas, vinham a percorrer a Europa e a controlar a população justamente a partir da confissão dos pecados (delitos<sup>1089</sup>). Se fosse para identificar um “sistema” nesse modelo, pode-se dizer que seu princípio unificador era a “busca da confissão” a qualquer custo e não necessariamente a separação das funções ou mesmo a gestão da prova, os quais vinham em segundo e terceiros planos.

Importa anotar, inclusive, que a confissão, para ser aceita, deveria vir acompanhada da delação de pecados praticados por terceiros<sup>1090</sup>. Esse embrião daquilo que hoje se denomina “delação premiada” no direito brasileiro, passou a provocar uma insanidade coletiva na população medieval, pois, com o temor de ser denunciado antes por qualquer inimigo pessoal, o povo acorria à Igreja em curtos períodos de prova por ela estabelecidos e confessava espontaneamente pequenas práticas heréticas, além de inventar estórias que pudessem livrá-los de acusações

<sup>1087</sup> O'SHEA, Stephen. **A Heresia Perfeita: a vida e a morte revolucionária dos Cátaros na Idade Média**. Tradução de André Luiz Barros, Rio de Janeiro: Editora Record, 2005, p. 228 e ss.

<sup>1088</sup> Texto citado por PRODI, Paolo. **Uma História da Justiça**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 79.

<sup>1089</sup> Até formalmente, no *Corpus Iuris Canonici*, a idéia de pecado é tida como similar ao crime: *crimen est grave peccatum accusatione et damnatione dignissimum*. Tudo conforme PRODI, Paolo. Ob. cit., p. 28. Sobre o tema também vale consultar RIBEIRO JR., João. **Pequena História das Heresias**. Campinas, S.P.: Papirus, 1989, p. 14.

<sup>1090</sup> BAIGENT, Michael e LEIGHT, Richard. **A Inquisição**. Ob. cit., p. 48.

falsas e mesmo eliminar concorrência ou punir seus inimigos pessoais, antes que estes também o fizessem<sup>1091</sup>.

O resultado desse temor generalizado veio a ser o forçado incremento do poder da Igreja<sup>1092</sup>, que dela passou a se aproveitar para institucionalizar seus instrumentos de manutenção da hegemonia do pensamento, criando, dentre outras, a figura do “purgatório”, para permitir, após a morte, a remissão dos pecados, antes de possível ingresso no paraíso<sup>1093</sup>.

O modelo processual de busca da confissão também contava com o instrumento que facilita a solução do caso: a tortura. Levou-se em conta que nem todas as pessoas estão dispostas a “colaborar” na solução do caso, confessando seus pecados. Para os “recalcitrantes”, a tortura passou a ser a solução, vindo a ser empregada em diversas situações, todas regradas por manuais das Inquisições da Igreja Católica<sup>1094</sup>, que disciplinaram sobre métodos, momentos e fórmulas a serem seguidas para melhor êxito.

O uso legal da tortura foi sendo implantado aos poucos. Antes foi preparado o terreno com o sobrinho e sucessor<sup>1095</sup> de Inocêncio III, o Papa Gregório IX, que regulamentou a perseguição aos “hereges”, dirigida pelos Dominicanos na Bula *Licet ad capiendos*, editada em 1233:

*Onde quer que os ocorra pregar estais facultados, se os pecadores persistem em defender a heresia apesar das advertências, a privá-los para sempre de seus benefícios espirituais e proceder contra eles e todos os outros, sem apelação, solicitando, se necessário a ajuda das*

<sup>1091</sup> O'SHEA, Stephen. **A Heresia Perfeita: a vida e a morte revolucionária dos Cátaros na Idade Média**. Tradução de André Luiz Barros, Rio de Janeiro: Editora Record, 2005, p. 228 e ss. No mesmo sentido, dentre outros, vide GALÁN, Juan Eslava. **História de Espanha contada para Escépticos**. 4ª ed., Barcelona: Editorial Planeta, 2004, p. 196 e 197.

<sup>1092</sup> Sobre o tema vide DELUMEAU, Jean. **O Pecado e o Medo: a Culpabilização no Ocidente**, vol. I. Tradução de Álvaro Lorencini. Bauru, SP: EDUSC, 2003, p. 399 e ss.

<sup>1093</sup> Neste sentido a lição de PRODI, Paolo. **Uma História da Justiça**. Ob. cit., p. 75.

<sup>1094</sup> EYMERICH, Nicolau. **Directorium Inquisitorum – Manual dos Inquisidores**, escrito em 1376, traduzido por Maria José Lopes da Silva, Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993; e o segundo escrito em 1484 pelos inquisidores alemães KRAMER, Heinrich e SPRENGER, James. **Malleus Maleficarum – O Martelo das Feiticeiras**, 16ª ed., tradução de Paulo Fróes, Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2002.

<sup>1095</sup> Depois, é claro, de Honório III.

*autoridades seculares e vencendo suas oposições, se isso for necessário, por meio de censura eclesiástica inapelável.*<sup>1096</sup>

Três anos depois, complementando o quadro legislativo de perseguição, também foi editada a Bula *Excommunicamus*, em 1236, da qual se extrai o seguinte texto:

*Nós excomungamos e praguejamos todos os hereges, Cátaros, Paterinos, Pobres Homens de Lyons, Passagini, Josepini, Arnaldistae, Speronistae, e outros, por quaisquer outros nomes porventura sejam conhecidos, tendo, de fato, diferentes faces, mas sendo unidos pelas suas caudas e se encontrando nos mesmos lugares através de suas vaidades.*<sup>1097</sup>

Dezesseis anos mais tarde, ou seja, em 1252, o novo Papa Inocência IV editou o documento que obrigou o poder secular nas regiões da Lombardia, Riviera di Romagna e Marchia Tervisina, a seguir os ditames da Igreja Católica. Ainda se aproveitando das ordens dos Dominicanos e Franciscanos (ordens que pregavam a pobreza e o desapego material nos mesmos moldes, por exemplo, dos Cátaros, dos Valdenses e dos Pobres de Lyon, porém, diferentemente destes, obedeciam aos ditames da Igreja e, assim, convenientemente não eram vistas como heréticas), o mesmo Inocência IV oficializou e constituiu um Tribunal, além de legitimar o uso da tortura como mecanismo de busca da confissão no processo penal canônico. Trata-se da Bula *Ad Extirpanda*, que fundou, na prática, aquilo que é considerado a primeira manifestação oficial da Inquisição na Igreja Católica, na qual se lê<sup>1098</sup>:

*Lei 1.*

<sup>1096</sup> Bula *Licet ad capiendos*, 1233. In: SIDAQUI, Rogério. **Curiosidades Históricas**. São Paulo: Ibrasa, 2004, p. 111.

<sup>1097</sup> Bula *Excommunicamus*, 1236, In: MAITLAND, S.R., **Facts and Documents Illustrative of the History, Doctrine, and Rites of the Ancient Albigenses & Waldenses**, London: 1832, livro digitalizado na íntegra em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 05.10.2010. Tradução nossa. No original, em inglês: *We excommunicate and anathematize all heretics, Cathari, Patari, Poor Men of Lyons, Passagini, Josepini, Arnaldistae, Speronistae, and others, by whatsoever names they may be known, having, indeed, different faces, but being united by their tails, and meeting in the same point through their vanity.*

<sup>1098</sup> O texto integral da Bula *Ad Extirpanda* pode ser localizado em tradução para o inglês na página [www.userwww.sfsu.edu/~draker/history/Ad\\_Extirpanda.html](http://www.userwww.sfsu.edu/~draker/history/Ad_Extirpanda.html), acesso em 03.10.2010.



*Nós decretamos que o chefe de estado, qualquer que seja o seu posto ou título, em cada domínio, esteja ele situado no presente ou no futuro, na Lombardia, Riviera di Romagnola, ou Marchia Tervisina, deve, inequivocamente e sem exitar, jurar que ele vai preservar inviolável, e durante seu inteiro mandato providenciar que todos, tanto na sua diocese quanto no domínio administrativo e nas terras sujeitas ao seu poder, devem observar, seja o que está escrito neste documento, quanto em outros regulamentos e leis, sejam elas eclesiásticas ou civis, os quais foram publicadas contra perversidades heréticas. (...)*<sup>1099</sup>

(...)

*Lei 3.*

*O chefe de estado ou o governante, no terceiro dia do seu mandato, deve apontar doze homens honrados e Católicos, e dois notários e dois servidores, ou tantos quantos sejam necessários, selecionados pelo Bispo Diocesano, caso exista e ele queira tomar parte; e dois Dominicanos e dois Franciscanos selecionados para este trabalho pelos seus priores, caso a região tenha casas religiosas destas Ordens.*<sup>1100</sup>

(...)

*Lei 21.*

*Acima de tudo, o chefe de estado ou o governante deve deter cada herege, homem e mulher, os quais devem ser presos a partir desta data, sob a custódia de homens Católicos indicados pelo Diocesano caso exista, e pelas supra mencionadas ordens monásticas, numa prisão segura estabelecida para eles, na qual somente eles serão presos, longe dos ladrões e violadores da lei criminal secular, até que seus casos sejam julgados, expensas a serem pagas pelo estado ou pelo distrito administrativo.*<sup>1101</sup>

(...)

*Lei 25.*

---

<sup>1099</sup> **Ad extirpanda, Bula.** Tradução nossa. No original, em inglês: Law 1. We decree that the head of state, whatever his rank or title, in each dominion, whether he is so situated at present, or to be so in the future, in Lombardy, Riviera di Romagnola, or Marchia Tervisina must unequivocally and unhesitatingly swear that he will inviolably preserve, and during his entire term of office see to it that everybody, both in his diocese or administrative domain and the lands subject to his power, shall observe, both what is written herein, and other regulations and laws both ecclesiastical and civil, that are published against heretical wickedness.

<sup>1100</sup> **Ad extirpanda, Bula.** Tradução nossa. No original, em inglês: Law 3. This head of state or ruler, by the third day of his term of office, must appoint twelve upright and Catholic men, and two notaries and two servants, or as many as may be needed, selected by the Diocesan bishop if there is one and he wishes to take part; and two Dominicans and two Franciscans selected for this work by their priors, if the region has religious houses of those orders.

<sup>1101</sup> **Ad extirpanda, Bula.** Tradução nossa. No original, em inglês: Law 21. Above all, the head of state or ruler must hold all male and female heretics Who shall be arrested from this date, in the custody of Catholic men appointed by the Diocesan if there is one, and the abovementioned monastic orders, in a safe and secure prison set aside for them, in which only they will be held, away from thieves and violators of the secular criminal code, till their cases are decided; expenses to be paid by the state or the administrative district.

*O chefe de estado ou o governante devem forçar todos os hereges que eles tenham sob custódia, com o cuidado de que façam isso sem matá-los e sem quebrar-lhes os braços e pernas, como atuais ladrões e assassinos de almas e ladrões dos sacramentos de Deus e da fé Cristã, a confessar seus erros e acusar outros hereges que eles conheçam e especificar os seus motivos, e aqueles que eles tenham seduzido, e aqueles que os alojaram e os defenderam, como ladrões de bens materiais devem acusar os seus cúmplices e confessar os crimes que tenham cometido.*<sup>1102</sup>

Como se vê, o uso de uma “tortura regrada” passou a ser admitido pela Igreja Católica. No entanto, nessa bula papal não constavam regras processuais mais específicas como as que são encontradas no texto que serve de base a estas construções, isto é, naquele resultante do IV Concílio de Latrão. Assim, notadamente quando se analisa o que ficou registrado pela doutrina e pelos demais documentos da época, a Bula “*Ad Extirpanda*” parece ser apenas um “complemento” legislativo do quanto consignado no texto aprovado no Concílio, permitindo o uso da tortura “desde que o acusado não morra ou desde que não lhes sejam fraturados braços e pernas”, visando lhe extrair a confissão.

A tortura, portanto, passou a ser a tônica do processo canônico e para que se tenha sintética noção do que ela representou, vale transcrever trecho da recomendação formulada pelo inquisidor Francisco de La Peña, em 1578, atualizando a obra de outro inquisidor: Nicolau Eymerich, escrita em 1376:

*Na nossa perspectiva, existem cinco tipos de torturas, constituindo-se em cinco graus diferentes. Não vou descrevê-los porque são conhecidos por todo mundo (cuique sunt obvii et patentes) e porque toda a descrição minuciosa se encontra nas obras de Paul Grilland (*Traité la torture*, q. 4, nº 11), Jules Clair (*Pratique criminelle*, sub. fin., q. 64) e ainda outros. A lei não diz que tipo de tortura deve-se aplicar. Portanto, a escolha é deixada ao arbítrio do juiz, que escolherá umas ou outras, de acordo com a posição social do réu, o tipo de indícios, e outras coisas mais. Porém, o*

---

<sup>1102</sup> **Ad extirpanda, Bula.** Tradução nossa. No original, em inglês: *Law 25. The head of state or ruler must force all the heretics whom he has in custody, provided he does so without killing them or breaking their arms or legs, as actual robbers and murderers of souls and thieves of the sacraments of God and Christian faith, to confess their errors and accuse other heretics whom they know, and specify their motives, and those whom they have seduced, and those who have lodged them and defended them, as thieves and robbers of material goods are made to accuse their accomplices and confess the crimes they have committed.*

*inquisidor não deve empenhar-se em descobrir novas torturas. Restringe-se àquelas que, na sua sabedoria, os juízes sempre admitiram, como explica de uma maneira bonita e clara (pulchre et clare) Antonio Gómez: em sua obra, lê-se, por exemplo, que, atualmente, a tortura através de cordas é aplicada, com muita frequência, em toda parte (hodie ubique frequens), não sendo preciso abandoná-la.*

*Não faltaram, no entanto, juízes que se puseram a imaginar vários tipos de torturas. Marsílio fala de quatorze suplícios e afirma que encontrou ainda outros, o que leva Paul Grilland a elogiá-lo. Quanto a mim, se quiserem a minha opinião, direi que esse tipo de erudição me parece depender bastante do trabalho de carrascos mais do que de juristas e teólogos que somos. Então, não vou falar disso. Isto posto, louvo o hábito de torturar os acusados, principalmente nos dias atuais, em que os infiéis se mostram mais cínicos que nunca. Muitos são tão audaciosos, que cometem propositadamente todo o tipo de delito com a esperança de vencer as torturas, e vencem-nas, efetivamente à base de sortilégios – como dizia Eymerich – sem falar naqueles que estão totalmente enfeitiçados. Porém, sou contra também esses juízes sanguinários que, na busca de uma glória vã – e que glória, meu Deus! – impõem torturas diferentes, violando, assim, o Direito, a decência, e os réus mais desprovidos (misellis reis), a tal ponto, que morrem durante a tortura, ou saem de lá com os membros fraturados, doentes para sempre. O inquisidor deve ter sempre em mente esta frase do legislador: o acusado deve ser torturado de tal forma que saia saudável para ser libertado ou para ser executado.*<sup>1103</sup>

O quadro geral ainda pode ser mais bem visualizado pela narrativa do historiador suíço Walter Nigg:

*Dos números instrumentos horríveis e disponíveis, o parafuso era geralmente o primeiro a ser aplicado: os dedos eram colocados em torniquetes e os parafusos eram apertados até que o sangue jorasse e os ossos fossem esmagados. O réu também podia ser colocado na cadeira de tortura de ferro, cujo assento consistia em afiados pregos de ferro que podiam ser aquecidos com brasa embaixo. Havia as chamadas “botas”, que eram utilizadas para esmagar as tíbias. Outra tortura favorita era o deslocamento dos membros no cavalete ou na roda, onde o herege, amarrado pelas mãos e pelos pés, era puxado para cima e para baixo enquanto o corpo era sobrecarregado com pedras. Para que os torturadores não fossem incomodados com os gritos das vítimas, sua boca era preenchida com panos. Assim, um herege era torturado durante horas, até que seu corpo resultasse uma polpa esfolada, esmagada, quebrada e sangrenta. De vez em quando a vítima era indagada novamente se estava pronta para confessar.*

<sup>1103</sup> EYMERICH, Nicolau. **Directorium Inquisitorum – Manual dos Inquisidores**, escrito em 1376, traduzido por Maria José Lopes da Silva, Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 210 e 211.

(...)

*Se a visão dessas ferramentas horríveis não o levou a confessar, a tortura teve início, lentamente e por etapas. Teoricamente, um herege poderia ser condenado à tortura apenas uma vez. Mas repetir a aplicação ou a tortura era chamada simplesmente de continuação da única tortura. Três – ou quatro – horas de sessões de tortura não eram incomuns. Durante o procedimento os instrumentos eram freqüentemente aspergidos com água benta.*<sup>1104</sup>

Enfim, com a admissão da tortura como instrumento legal de busca da confissão, não sobrava margem de esperança absolutória àquele que viesse a ser submetido a um processo criminal pautado por esse modelo. Mas, frise-se: não é a separação das funções de acusar e julgar ou mesmo a gestão da prova o cerne do processo. Este, pelo que se extrai, era a busca da confissão a qualquer custo, inclusive com o uso da tortura, com o acusado constrangido a “virar” réu (coisa) e, simultaneamente, acusador de si mesmo. É mesmo de assustar o que a criatividade perversa do ser humano foi capaz de desenvolver, nesse período da história, em termos de instrumentos de tortura, muitos deles feitos de encomenda para burlar tentativas da própria Igreja em frear os abusos das práticas<sup>1105</sup>.

Como se vê, não obstante na mesma época se admitissem outros modelos de processo, como a *accusatio*, a Igreja deu preferencial destaque ao modelo processual

<sup>1104</sup> NIGG, Walter. **The Heretics**. New York: Alfred A. Knopf, 1962, pp. 218-219. Tradução nossa. No original, em inglês: *Of the numerous ghastly implements available, the thumbscrew was usually the first to be applied: the fingers were placed in clamps and the screws turned until the blood spurted out and the bones were crushed. The defendant might also be placed on the iron torture chair, the seat of which consisted of sharpened iron nails that could be heated red-hot from below. There were the so-called “boots” which were employed to crush the shinbones. Another favorite torture was dislocation of the limbs on the rack, or the wheel on which the heretic, bound hand and foot, was drawn up and down while the body was weighted with stones. So that the torturers would not be disturbed by the shrieking of the victim, his mouth was stuffed with cloth. By such means a heretic would be tortured for hours, until his body was a flayed, crushed, broken, and bloody pulp. From time to time the victim would be asked again whether he was ready to confess. (...) If the sight of these horrible tools did not move him to confess, the torture was begun, slowly and by stages. Theoretically, a heretic could be put to torture only once. But repeated application or torture was simply called a continuation of the one torture. Three – and four – hour sessions of torture were nothing unusual. During the procedure the instruments were frequently sprinkled with holy water.* No mesmo sentido: HAUGHT, James A. **Perseguições Religiosas**. Ob. cit., p. 59 e 60.

<sup>1105</sup> Como exemplo cita-se a “Virgem de Nuremberg”, uma espécie de sarcófago recheado de pontas de lança, muito usado na Alemanha medieval. Durante um determinado período da inquisição, a Igreja proibiu o direto derramamento de sangue nas seções de tortura e mesmo que ele fosse visto pelo inquisidor. Assim, com a engenhoca referida, o sangue do torturado não era derramado “diretamente” pelo inquisidor e permanecia do lado de dentro do sarcófago. Sobre o tema vide: BAIGENT, Michael e LEIGHT, Richard. **A Inquisição**. Tradução de Marcos Santarrita, Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 45 e ss..

de *inquisitio*, e isso acabou permitindo fazer com que a dominação que a Igreja conquistara pela força contra os Cátaros, fosse mantida agora pela lei processual penal, leia-se: pelo uso da tortura, oficialmente admitida como instrumento de obtenção da confissão pela Igreja Católica, a partir de 1252, pelo Papa Inocêncio IV, com o advento da referida bula *Ad Extirpanda*<sup>1106</sup>.

De qualquer modo, é importante reforçar que as regras do documento considerado o norte do pretendido “sistema inquisitório” (ou seja: o documento resultante do IV Concílio de Latrão), não o apresentava com as características plenas de um “sistema inquisitório”, como pregou a doutrina a partir do século XIX.

De fato, quanto à iniciativa processual, por exemplo, constou do documento resultante daquele Concílio:

*VIII. Das investigações.*

(...)

*Lê-se, de fato, no Evangelho, que aquele fator que foi acusado junto ao seu senhor de ter dissipado os seus bens, dele ouviu: “O que ouço dizerem de você? Dê-me conta da tua gestão, pois de fato não podes ter este ofício”. E no Genesis o Senhor diz: “Descerei e verei se em verdade agiram conforme o grito que chegou até mim”.*

*Estas autoridades demonstram claramente que não somente quando falta um súdito, mas também quando erra um superior, se as vozes e os lamentos chegam às orelhas do superior, não por parte de maldosos ou maledicentes, mas por pessoas prudentes e honestas, e não apenas uma vez (como sublinham os lamentos e as vozes), incumbe ao superior levar o caso à frente dos anciãos da Igreja para procurar com maior diligência a verdade. E se o caso o requer, a pena canônica puna o erro do culpado, de modo que o superior não seja ao mesmo tempo acusador e juiz, mas faça o seu dever, movido pelos lamentos ou pelas vozes que denunciam. (grifos e negritos nossos)*<sup>1107</sup>

<sup>1106</sup> Segundo relata HAUGHT, James A. **Perseguições Religiosas**. Ob. cit., p. 59.

<sup>1107</sup> **IV Concilio Lateranense**. Texto na íntegra extraído da internet, do site [www.intratext.com](http://www.intratext.com), acesso em 24.08.2006. Tradução nossa. No original, em italiano: *VIII. Delle inchieste. (...) Si legge infatti nel Vangelo, che quel fattore che fu accusato presso il suo signore di aver dissipato i suoi Beni, se senti dire da lui: “Cosa sento dire da le? Rendimi conto della tua gestione, infatti non potrai più tenere un tale ufficio”. E nella Genesi il Signore dice: “Discenderò e vedrò se davvero hanno operato conforme al grido che é giunto a me.” Queste autorità dimostrano chiaramente che non solo quando manca un suddito, ma anche quando sbaglia un superiore, se le voci e le lamentele giungano alle orecchie del superiore non da parte di malevoli o di maledicenti, ma da persone prudenti e oneste, e non una sola volta ma spesso (come sottolineano le lamentele e le voci), tocca al superiore portare il caso davanti agli anziani della chiesa per cercare con maggior diligenza la verità. E se il caso lo richiede, la pena canônica punisca*

Como se vê do texto acima, o IV Concílio de Latrão fazia expressa referência ao cuidado que se devia ter para que o “superior não seja ao mesmo tempo acusador e juiz”, o que é considerado hoje, por muitos autores, como inerente ao modelo “acusatório”.

Neste mesmo tópico, o texto aprovado no IV Concílio de Latrão ainda previu a publicidade interna (para o acusado) e o direito de defesa do acusado, características que hoje também são entendidas como “acusatórias”:

(...)

*Deve estar sempre presente aquele contra quem se faz o inquérito, salvo que não esteja em contumácia. Devem ser-lhes expostos os pontos de acusação sobre os quais recai o inquérito, **para que possa se defender. Devem ser-lhes dado a conhecer as acusações levadas contra ele, e também os nomes das testemunhas, para que saiba do que é acusado e por quem. São permitidas também as exceções e as réplicas legítimas, tudo para que ao silenciar os nomes não se favoreça a audácia de difamar e com exclusão das exceções, aquela de depor em falso.***

*O prelado deve corrigir diligentemente as culpas dos súditos, ao invés de deixar culpavelmente impunes os seus erros. Contra estes – para silenciar de culpas notórias – pode-se proceder em três modos: acusação, denúncia e inquérito. Porém, se deve agir de modo que se use sempre uma diligente cautela, e não ocorra que, por um ganho insignificante, se obtenha uma grave perda. A acusação deve ser precedida de uma legítima inscrição, assim também a denúncia deve ser precedida de uma caridosa reprimenda, e o inquérito judiciário da apresentação da acusação. Também a forma da sentença deve respeitar as regras do procedimento judiciário.(...) (grifos e negritos nossos).<sup>1108</sup>*

---

*l'errore del colpevole, di modo che il superiore non sai nello stesso tempo accusatore e giudice, ma adempia il suo dovere, mosso dalle lamentele o dalle voci che denunciano.*

<sup>1108</sup> **IV Concílio Lateranense**, Ob. cit.. Tradução nossa. No original, em italiano: *Deve essere sempre presente colui contro il quale si fa l'inchiesta, a meno che non sia in contumácia; gli si esponcano i capi di accusa sui quali verte l'inchiesta, perché possa difendersi; gli si devono far conoscere le accuse portate contro di lui, e anche i nomi dei testimoni, perché sappia di che è accusato e da chi; siano permesso anche le eccezioni e le repliche legittime, affinché col tacere i nomi non si favorisca l'audacia di infamare e com l'esclusione delle eccezioni, quella di deporre il falso. Il prelato deve correggere diligentemente le colpe dei sudditi, piuttosto che lasciare colpevolmente impuniti i loro errori. Contro questi – per tacere di colpe notorie – si può procedere in tre modi: accusa, denuncia, inchiesta, affinché però si usi sempre una diligente cautela, e non avvenga che per um guadagno insignificante si giunga ad una perdita grave, come l'accusa deve essere preceduta dalla legittima iscrizione, così anche la denuncia dev'essere preceduta da un caritatevole ammonimento, e l'inchiesta giudiziaria dalla presentazione dell'accusa; anche la forma della sentenza rispetti le regole della procedura giudiziaria.*

As referências à publicidade e às possibilidades defensivas do acusado parecem indicar um documento “acusatório”, mas, como se sabe e já foi destacado, o texto ora em análise é visto como a base da Inquisição.

Assim, no século XIII, prevalecia a classificação de três tipos processuais distintos no IV Concílio de Latrão, produzida em 1215, acrescidas das regras da Bula *Ad Extirpanda*, de 1252. Essa construção legislativa foi reproduzida na principal obra de Alberto da Gandino<sup>1109</sup>, o *Tractatus de Maleficiis*, publicada em 1286, ou seja, cerca de setenta e um anos depois do Concílio, agora em forma de doutrina e à luz da prática desenvolvida ao longo daquele Século XIII. Portanto, como já destacado acima, partindo do texto lateranense, das Bulas Papais subsequentes, e valendo-se de sua experiência, Gandino referiu a, pelo menos, cinco modelos diferentes de processo, notadamente pautados pelas diferentes formas de iniciá-los, conforme destaca Elena Maffei ao analisar o texto original de Alberto da Gandino:

*Desde a primeira página do tratado, o procedimento judiciário medieval nos aparece com toda a sua complexidade. Existem, de fato, cinco tipologias típicas, que eram caracterizadas essencialmente em respeito às modalidades através das quais o fato criminoso torna-se público, isto é, trazido a conhecimento da autoridade preposta ao exercício do poder judiciário. Isto poderia acontecer “per accusationem, per denuntiationem, per inquisitionem et exceptionem, et quando crimen est notorium”. Como se verá, cada um destes processos tem reflexos na verbalização, assim como evidentemente também tinha na condução do processo.*<sup>1110</sup>

Conforme explicita Elena Maffei, a diferença que Alberto da Gandino apontava entre o processo *per accusationem* e *per denuntiationem* dizia respeito à forma, ou seja, à existência ou não de um “libelo”, de uma peça acusatória formalizada. Consta

<sup>1109</sup> Tradução feita por MAFFEI, Elena. ***Dal reato alla sentenza: il processo criminale in età comunale***. Roma: Edizioni di Storia e Letteratura, 2005.

<sup>1110</sup> MAFFEI, Elena. Ob. cit., p. 72. Tradução nossa. No original, em italiano: *Fin dalle prime pagine del trattato, il procedimento giudiziario medievale ci appare in tutta la sua complessità. Si hanno infatti cinque tipologie tipiche, che si caratterizzano essenzialmente rispetto alle modalità attraverso le quali il fatto criminoso viene reso pubblico, cioè portato a conoscenza delle autorità preposte all'esercizio del potere giudiziario; ciò può avvenire “per accusationem, per denuntiationem, per inquisitionem et exceptionem, et quando crimen est notorium”. Come si vedrà, ognuna di queste procedure ha riflessi nella verbalizzazione, così come evidentemente li aveva nella conduzione del processo.*

do texto original de Gandino ao se referir ao modelo *per accusationem*<sup>1111</sup>: “Então acusar não é outra coisa senão declarar alguém, num libelo, culpado de um crime”<sup>1112</sup>.

Nesse modelo de processo, Gandino ainda sugeria a seguinte fórmula acusatória a compor o libelo:

*Eu, Lucio Tício, perante o Senhor Giovanni, “podestà”<sup>1113</sup> ou juiz, acuso Caio Seio de ter cometido adultério com Berta, mulher de Giácomo, em tal cidade, ou burgo, ou vila, em tal casa, no primeiro quarto daquela casa, sob o reinado de tal imperador, em tal ano, no mês de março, e então peço que seja punido com a pena capital. Eu Lúcio declaro e subscrevo de ter consignado este libelo no ano do Senhor 1280, no dia 02 de março, e me empenho em sustentar esta acusação de modo legítimo e se a apresentei caluniosamente me obrigo à pena de talião ou ao crime de calúnia.”*<sup>1114</sup>

E constava também do texto de Gandino, ao se referir ao processo *per denuntiationem*: “Então denunciar não é outra coisa senão declarar alguém culpado de um crime”<sup>1115</sup>.

Como se nota, aqui a acusação também era formulada por um órgão oficial público. Num primeiro momento, somente quando ocorria de faltar um acusador o processo se dava *per inquisitionem*, isto é, de ofício. Segundo a análise do texto de Gandino, feita por Elena Maffei, “neste tipo de processo assume particular relevo o crime cometido, haja vista que somente em alguns casos particulares o juiz, cujo

<sup>1111</sup> As traduções dos textos, como já destacado, foram extraídas de KANTOROWICZ, Hermann U., vol. II, p. 27 e obtidos na obra de MAFFEI, Elena, já referida. As traduções para o português são nossas.

<sup>1112</sup> GANDINO, Alberti de, *et alii. Tractatus Diversi. Super Maleficiis*. Veneza, 1560, p. 04, onde consta, no original, em latim: *Accusare autem nihil aliud est, quam deferre aliquem reum criminis in libello*. Texto integral e original digitalizado e encontrado na internet, na página [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 22.10.2010.

<sup>1113</sup> “Podestà” era um importante cargo civil de cada cidade naquele tempo e equivalia ao “Juiz”.

<sup>1114</sup> GANDINUS, Albertus. *Strafrecht der Scholastik*. Von KANTOROWICZ, Hermann U., Ob. cit., Vol. II, p. 27. Tradução nossa. Do original, em latim: *Ego Lucius Titius accuso Gaium Seium coram vobis, domino Johanni, potestate vel iudice, quod ipse commisit adulterium cum Berta uxore Jacobi in tali civitate vel castro vel villa et in tali domo in prima câmera ipsius domus, regnante tali imperatore hoc anno, mense martii, unde peto ipsum puniri capitalia pena, et profiteor ego Lucius et subscribo, me talem libellum dedisse anno domini MCCLXXX de mense martii die II. Intrante ipso mense, et promitto me hanc accusationem legitime probatorum, et si calummiose hanc accusationem instituo, obliquo me ad penam talionis seu calummie*.

<sup>1115</sup> GANDINO, Alberti de, *et alii. Tractatus Diversi. Super Maleficiis*. Ob. cit., p. 26, em que consta, no original, em latim: “*Denuntiare enim nihil aliud est qua deferre reum aliquem criminis*”. Texto integral digitalizado e encontrado na página [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 22.10.2010.



escopo neste caso é indagar a *veritas criminis*, age de ofício”<sup>1116</sup>. A lista de casos é apresentada pelo próprio Alberto da Gandino:

*Quando o chefe de família for morto/ quando o acusador corrupto pedir absolvição/ quando se inquirir contra homens maus/ nos crimes de lenocínio/ nos crimes nos quais o suspeito seja tutor/ nos crimes de sacrilégio/ no falso testemunho/ na falsidade documental/ nos crimes de calúnia/ quando alguém tenha subtraído algum bem de um inventário/ quando alguém provocar um naufrágio/ quando um criminoso entregar seus companheiros ou declarar contra eles/ nos crimes de lesa majestade/ nos crimes notórios/ nos crimes de aposta/ nos crimes de heresia/ quando alguém se apropriar de coisa achada/ em todos os falsos/ quando alguém não conseguir provar.*<sup>1117</sup>

Em seu *Tractatus de Maleficiis* Gandino ainda esclarece que “*de iure civili in maleficiis regulariter necessaria est accusatio*” (“nos casos de danos civis regulares é necessária a acusação”) e que “*de iure canonico regulariter non proceditur per inquisitionem*” (“nos casos canônicos regulares não se procede por inquisição”) <sup>1118</sup>. No entanto, Ettore Dezza considera que essas regras não se aplicavam na prática com a frequência indicada no texto de Gandino:

*Então, Alberto da Gandino atesta que ao seu tempo a inquisição poderia ser ordinariamente empregada “de quolibet maleficio” e, depois de haver tentado construir uma justificação “de iure civile” recorrendo para tanto a algumas regras da compilação justinianeia, acaba por admitir que se verifica o recurso à inquisição, considerado como normal não obstante contrariasse aos*

<sup>1116</sup> MAFFEI, Elena. Ob. cit., p. 73. Tradução nossa. No original, em italiano: *in questo tipo di procedura assume particolare rilievo il reato commesso, dal momento che solo in alcuni casi particolari il giudice, il cui scopo in questo caso è indagare la “veritas criminis”, agisce d’ufficio.*

<sup>1117</sup> GANDINO, Alberti de, et alii. **Tractatus Diversi. Super Maleficiis.** Quomodo de maleficiis cognoscetur per inquisitionem. Ob. cit., p. 38. Tradução nossa. No original, em latim: *Quando dominus a família sit occisus/quando accusator corruptus petit abolitionem/quando generaliter inquiritur contra malos homines/in crimine lenocinii/in crimine suspecti tutoris/in crimine sacrilegii/in falso teste/pro carta falsa/in calumnie crimine/quando aliqua sunt subtracta de hereditate adita cum beneficio inventarii/pro rebus naufrágio amissis/quando malefactor confitetur de sociis, et tunc inquiritur contra eos/in crimine lesa maiestatis/in notorio crimine/in crimine apostatorum/in crimine hereseos/in bonis damnatorum indagandis/in omni falso/quando infamatus déficit in probatione.*

<sup>1118</sup> GANDINO, Alberti de, et alii. **Tractatus Diversi. Super Maleficiis.** Quomodo de maleficiis cognoscetur per inquisitionem. Ob. cit., pp. 28 e ss. Tradução nossa.

*ditames do “ius civile”, como atestam outros juristas e como ele mesmo pôde experimentar pessoalmente, com base nos costumes.*<sup>1119</sup>

Ainda assim, o próprio Ettore Dezza se apressa em considerar que isso não significava dizer que não houvesse, concomitantemente, um “equilíbrio entre os dois modelos”:

*Parece excessivo afirmar, com base no que acima se reportou, que ao final do século XIII os esquemas acusatórios pertençam ao passado. Não se pode ao certo negar que as palavras do jurista de Crema indiquem ao menos a existência de uma situação de precário equilíbrio entre os dois modelos, destinado logo a romper-se em favor do método baseado sobre a iniciativa “ex officio” do juiz.*<sup>1120</sup>

Outro modelo processual bastante empregado, segundo Gandino, era aquele também referido no texto do IV Concílio de Latrão, supra transcrito, pautado na notoriedade do delito: *crimen notorium*, no qual, o que prevalecia, era a *communis opinio* (opinião comum) a *publica vox* (voz pública). Consta do texto original:

*Conforme dito acima, o modo de conhecer dos crimes se dá por acusação, por denúncia, por inquisição e por exceção, sem falar do modo de conhecimento quando o crime é notório, seja pela fama, infâmia, presunções, e indícios sem precedente ...*<sup>1121</sup>

<sup>1119</sup> DEZZA, Ettore. **Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni.** Ob. cit., p. 20. Tradução nossa. No original, em italiano: *Dunque, Alberto da Gandino atesta che al suo tempo l'inquisizione può essere ordinariamente intrapresa “de quolibet maleficio” e, dopo aver tentato di costruire una giustificazione “de iure civili” a tale fato recorrendo ad alcuni passi della compilazione giustiniana, finisce con l'ammettere che il ricorso all'inquisizione, sentito come normale nonostante la contrarietà ai dettami dello “ius civile”, si verifica, come attestano altri giuristi e come egli stesso ha potuto sperimentare personalmente, sulla base della consuetudine.*

<sup>1120</sup> DEZZA, Ettore. **Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni.** Ob. cit., p. 20. Tradução nossa. No original, em italiano: *Se può sembrare eccessivo affermare, sulla scorta del brano teste riportato, che alla fine del XIII secolo gli schemi accusatori appartengono al passato, non si può negare che le parole del giurista di Crema indichino quantomeno l'esistenza di una situazione di precario equilibrio tra i due modelli, destinato ben presto a spezzarsi a favore del metodo basato sull'iniziativa “ex officio” del giudice.*

<sup>1121</sup> GANDINO, Alberti de, et alii. **Tractatus Diversi. Super Maleficiis.** Ob. cit., p. 37. Tradução nossa. No original, em latim: *Dictum est supra quomodo de maleficiis cognoscitur accusationem, denuntiationem, inquisitionem, & exceptionem, restae nunc uidere quomodo cognoscitur quando crimen est notoriū, sed quid fama, infâmia, presumptiones, ac indicia sunt precedentia cognitionem dicti notorii criminis & etiam quia pro inuestigatione & cognitio ne criminū plurimū operat: ideo & his omnibus uideamus: & primo quid fit fama.*”

Neste caso a testemunha era chamada para depor não sobre o fato em si, mas sobre sua notoriedade<sup>1122</sup>. Neste ponto, servem para ilustrar como havia uma mescla de modelos, os processos analisados por Arnaud Fossier, na localidade de Pistoia, Itália, entre os anos de 1287 a 1301, nos quais fica nítida tanto a iniciativa de um “*Promoteur*” quanto a gestão da prova pelas partes, pois eram elas, inclusive o acusado, quem traziam as testemunhas para depor, ainda que elas não depusessem sobre a “inocência” ou “culpa” do acusado, mas a respeito de sua fama na localidade<sup>1123</sup>.

Por fim, como já destacado, ainda existia o processo *per exceptionem*, originado pelo testemunho de um acusado que invertia o pólo passivo (algo como a “exceção da verdade” admitida nos crimes contra a honra, no processo penal brasileiro), onde o juiz também agia de ofício<sup>1124</sup>.

Enfim, tendo como base o mesmo texto de Alberto da Gandino e analisando casos concretos julgados cerca de trinta anos antes da escrita de Alberto da Gandino, Mario Sbriccoli vai além e considera que:

*‘accusatio’ e ‘inquisitio’ não são de fato duas maneiras alternativas de impulsionar o processo, de tal forma a dar conotação de separar duas formas processuais opostas (o acusatório e o inquisitório, segundo uma fraseologia forçada, e hoje enganadora), mas parecem corresponder a estados do procedimento, ou a suas fases, que diversamente se combinam em adesão à dinâmica própria de qualquer caso processual’.*<sup>1125</sup>

<sup>1122</sup> Conforme análise do texto original de Alberto da Gandino feito por MAFFEI, Elena. Ob. cit., pp. 71 a 74.

<sup>1123</sup> FOSSIER, Arnaud. *Les Registres Judiciaires de l’Eveque de Pistoia (1287-1301). Esquisse d’une enquête sur les procédures ecclésiastiques dans l’Italie du due et du trecento*. In: **La Justice Dans Les Cités Épiscopales du Moyen Âge à La Fin de L’Ancien Regime**. FOURNIEL, Béatrice (organizadora), Toulouse: Presses de L’Université Toulouse 1 Capitole. Études d’Histoire du Droit et Des Idées Politiques, nº 19, 2014, pp. 57-68.

<sup>1124</sup> Ainda segundo a análise do texto original de Alberto da Gandino feito por MAFFEI, Elena. Ob. cit., pp. 71 a 74. E também no próprio texto original: GANDINO, Alberti de, *et alii*. Ob. cit., p. 35, no qual consta, no original, em latim: *Quomodo cognoscitur de maleficio vel crimine per exceptionem*. Texto integral digitalizado encontrado na página [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 22.10.2010.

<sup>1125</sup> SBRICCOLI, Mario. Ob. cit., p. 246. Tradução nossa. No original, em italiano: *‘Accusatio’ ed ‘inquisitio’ non sono infatti due maniere alternative di impostare il processo, tali da connotare separatamente due forme processual opposte (l’accusatorio e l’inquisitorio, secondo una fraseologia spicciativa, e ormai fuorviante), ma sembrano corrispondere a stati del procedimento, o a sue fasi, che diversamente si combinano in adesione alla dinamica propria di ciascun caso processuale*.

Diante do quanto assinalado, e diferente do que afirmam Carmignani, Pessina, Carrara e tantos outros, Alberto da Gandino, que representava o poder secular, mas seguia os cânones da Igreja, não trabalhou com um único modelo de processo. Aliás, os modelos também variaram dependendo de onde ele atuou como Podestá. O modelo processual de Perugia, por exemplo, era diferente de outras cidades<sup>1126</sup>. Além disso, ao se considerar que o mesmo Alberto da Gandino era obrigado a seguir os ditames do IV Concílio de Latrão, é possível pressupor que tenha dado a publicidade interna do processo ao acusado, garantindo-lhe também a defesa.

Concomitante ao que se passava na Itália, nesse mesmo século XIII, entre os anos de 1263 e 1265<sup>1127</sup>, por obra do Rei Alfonso X<sup>1128</sup>, da então recém-criada Coroa de Castela-Leão (embrião do Reino de Castela e da futura Espanha), foi concluída uma consolidação da legislação, inclusive penal e processual penal, no documento denominado *Siete Partidas*. Este documento, como visto, é uma das principais fontes usadas por Enrico Pessina, no século XIX, para construir a ideia de “sistema inquisitório”, talvez pensando na Inquisição Espanhola instituída dois séculos depois, a qual, diferente de suas congêneres, trabalhava sob as rédeas do poder laico<sup>1129</sup>. Analisando-o, no entanto, pode-se chegar a conclusões diferentes.

Não obstante seja evidente, do texto original das *Siete Partidas*<sup>1130</sup>, que existia uma preocupação com a obediência aos ditames católico-cristãos<sup>1131</sup>, tanto na

<sup>1126</sup> Conforme deixa claro SBRICCOLI, Mario. Ob. cit.

<sup>1127</sup> Não obstante exista uma discussão entre os historiadores espanhóis a respeito da data precisa e da autoria do documento, a maioria admite essa informação como a mais precisa. Sobre o tema vide a excelente obra de SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta iuris Permissione. Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, pp. 137 e ss..

<sup>1128</sup> Segundo relata RESTON JR., James. **Os Cães do Senhor. Colombo, a Inquisição e a Derrota dos Mouros**. Tradução de Marcelo Ferroni, Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 23, Alfonso X era conhecido como “o Sábio” e foi responsável pelo progresso cultural da época, traduzindo o Corão e o Talmude. Também contribuiu para que mais de oito mil termos árabes fossem incorporados ao espanhol, a exemplo das traduções de obras árabes de astronomia (nomes das estrelas: Altar, Rigel, Veja), química (álcool, cânfora, elixir, xarope, talco e tártaro), matemática (zero, seno, raiz, álgebra, zênite) e botânica (gengibre, lilás, jasmim, mirra, açafraão, sésamo, limão, ruibarbo e café).

<sup>1129</sup> O poder laico, de uma forma ou de outra, também participava do processo penal canônico, notadamente nas sessões de tortura, nas quais a Igreja costuma não se a protagonista, pautada pelo discurso religioso de *ecclesia abhorret sanguine* (a Igreja abomina o sangue).

<sup>1130</sup> ALFONSO EL SABIO, Rey. **Las Siete Partidas**. Madrid: Imprenta Real, 1807. Disponível em [www.archive.org/details/lassietepartidas01castuoft](http://www.archive.org/details/lassietepartidas01castuoft), acesso em 02.10. 2010.

<sup>1131</sup> ALFONSO EL SABIO, Rey. Ob. cit., pp. 71 e 73. O texto inicia dizendo: *En el nombre de Dios Padre e Fijo e Spiritu Santo, que son tres personas e un Dios*” e, em seguida, estabelece “*Estas leyes son posturas e establecimientos e fueros como los omes sepan traer e guardar la de nuestro Señor Iesu Christo conplidamente asi como Ella es e otrosi que vivan unos con otros en derecho e en justicia*”.<sup>1131</sup>

primeira, quanto na sétima *partida*, encontramos inúmeras regras aplicáveis ao processo penal secular, as quais são muito mais detalhadas que o IV Concílio de Latrão e muito mais focadas no que hoje poderiam ser consideradas características “acusatórias”.

Ainda na primeira das sete *partidas*, é possível identificar um amplo regramento a respeito das testemunhas, estabelecendo quem podia e quem não podia testemunhar, o que fazer em caso de conflito de depoimentos, a necessidade de prévio juramento de dizer a verdade, a forma de testemunhar, as perguntas dirigidas às testemunhas, número de testemunhas exigido para provar um fato, os prazos para a coleta do depoimento, dentre outros regramentos (“Titulo VII – *De los testigos*”<sup>1132</sup>). Encontra-se, também, um vasto regramento a respeito dos procuradores da parte (chamados de *personeros*<sup>1133</sup>), admitidos, para alguns casos, de forma expressa também no plano criminal e, inclusive para defender o acusado<sup>1134</sup>. O documento ainda regulamenta a atividade dos *Pesquiridores* (pesquisadores ou “investigadores”)<sup>1135</sup>,

---

No título II, também estabelece: “*La primera cosa que mandamos e queremos que sea tenuta e guardada sobre todas las otras cosas es esta que todo Christiano se esfuerce de conocer a Dios, ca pues quel conosciere estoncel sabra amar e temer....*” E assim vai ao longo de todo o texto introdutório da Primeira Partida. Por conseguinte, as *Siete Partidas* trazem uma fiel referência ao quanto patrocinado pela Igreja no campo legislativo em geral.

<sup>1132</sup> ALFONSO EL SABIO, Rey. Ob. cit., pp. 191 e ss.

<sup>1133</sup> ALFONSO EL SABIO, Rey. Ob. cit., pp. 220 e ss.: *Personero dezimos, que es aquel que recibe pleito ageno para demandar o para defender a otri, por mandado daquel que es señor del pleito, asi como señor..*

<sup>1134</sup> ALFONSO EL SABIO, Rey. Ob. cit., p. 229: *En acusamiento, nin outro pleito que sea de justicia, non pueden dar personero, asi como diximos en la ley ante desta. Pero algunas cosas y a en que lo puede fazer, asi como quando alguno aforró su siervo, o fijo, o nieto de aquel que franquó, o outro de los que pueden demandar con derecho, quisiere acusar a aquel que fue siervo, dizendo que a fecho cosa porque deva tornar a servidumbre, asi como dize en el titulo que fabla de las fraquezas e de los aforramientos. Dezimos que aquel que esto demandare, bien puede demandar por personero en tal demandanza como esta, e el demandado otrosi para defenderse. Otrosi dezimos, que si alguno que aya huerfano con sus bienes en guarda, fuere llamado a pleito, por razon que aya sospecha contra El, que echa lo de aquel huerfano a mal, o la malmete, maguer que por este fecho deva seer dado por de mala fama, si provadol fuere, bien se puede tal como este defender por personero. Eso mismo dezimos, que si alguno pleito dubdoso de cel al Rey, que mande fazer pesquisa sobre algun pleito dubdoso de fecho malo que alguno oviese fecho, bien puede dar personero que siga el pleito de aquella pesquisa, fasta que sea fecha e judgada.*

<sup>1135</sup> ALFONSO EL SABIO, Rey. Ob. cit., p. 240: *aquellos que son puestos para escodrinar la verdat de las cosas fechas encobiertamente, asi como de muerte de ome que matasen en yermo o de noche, o en qual logar quier que fuese muerto, e non sopiesen quien lo matara, o de eglesia quebrantada o robada de noche, o de mugier forzada que non fuese fecha la fuerza en poblado, o de casa que quemasen o quebrantasen forandola o entrandola por fuerza o de otra manera, o de mieses que quemasen, o de viñas o de arboles que cortasen, o de camino quebrantado en que fuesen omes robados, o feridos, o presos, o muertos.*

excluindo a possibilidade de pessoas do Clero servirem no âmbito da Justiça secular. A “pesquisa” (investigação) em si poderia ser feita de três modos. O primeiro modo se subdividia em outros três: por *querella* nas cidades ou vilas, ou por “má-fama” que tivesse perante o Rei, ou por iniciativa do Rei. O segundo modo se repartia em outros três: notícia de fatos de que alguns eram mal afamados ou sobre fatos assinalados que se não soubesse a autoria ou por outros de autoria conhecida. O terceiro modo ocorria quando as duas partes pediam ao Rei que “mande fazer pesquisa”.<sup>1136</sup>

Sob pena de desobrigar o acusado, a formulação da acusação deveria observar uma série de regras (pressupostos de validade): deveria ser feita de forma escrita, para que fosse certa e não pudesse ser alterada depois de iniciado o processo; deveria direcionar a petição ao julgador e conter o nome de quem se acusava, o lugar do fato, o ano e o mês do fato; deveria, por fim, conter o dia, mês e ano em que a petição fora feita, requerendo, ao final, fosse aplicada a pena devida, acrescentando que, em caso de não demonstração da culpa, suportaria o próprio acusador a pena respectiva<sup>1137</sup>. Estas exigências estão mais próximas de garantias processuais vistas como “acusatórias” do que “inquisitórias”.

A sétima *partida*, por sua vez, centrava mais diretamente nas questões criminais. Estabelecia a iniciativa privada da ação penal (como regra qualquer homem), o que hoje também é chamado de “acusatório”. Nela ainda se repetiam os mesmos pressupostos de validade da acusação referidos, além de estabelecer que o Juiz deveria ter o cuidado de verificar que “as provas que receber a respeito do pleito, sejam leais e verdadeiras e sem nenhuma suspeita, e que as palavras, ao afirmar alguma coisa, sejam certas e claras como a luz, de maneira que não se possa ter nenhuma dúvida”<sup>1138</sup>. Na dúvida, havia dois modos de proceder, dependendo da credibilidade social do acusado. Se o acusado fosse “homem de boa fama”, o juiz deveria soltá-lo, prevalecendo a presunção de inocência (logo, aos olhos de hoje: “acusatório”). Se, ao

<sup>1136</sup> ALFONSO EL SABIO, Rey. Ob. cit., p. 242.

<sup>1137</sup> ALFONSO EL SABIO, Rey. Ob. cit., p. 339.

<sup>1138</sup> ALFONSO EL SABIO, Rey. Ob. cit.. Tradução nossa. No original em espanhol: *...las pruebas que recibiere sobre tal pleito, que sean leales y verdaderas y sin ninguna sospecha, y que los dichos y las palabras que dijeren afirmando, sean ciertas y claras como la luz, de manera que no pueda venir sobre ellas duda ninguna..*

contrário, fosse homem “de má fama”, deveria aplicar-lhe a tortura, prevalecendo uma presunção de culpa (logo, aos olhos de hoje: “inquisitório”).<sup>1139</sup>

Do quanto acima anotado a respeito das *Siete Partidas*, o que se percebe é uma clara mescla de características do que a doutrina hoje chama de “sistemas”, mas não um “sistema” propriamente dito.

Já no ano de 1376, outro “manual de processo penal” vai repetir os registros históricos do IV Concílio da Latrão, do *Tractatus de Maleficiis* de Alberto da Gandino e também das *Siete Partidas* de Alfonso X, a respeito de como se iniciava o processo criminal no seio da Igreja. Trata-se do famoso *Directorium Inquisitorium* (“Manual dos Inquisidores”), escrito naquele ano por Nicolau Eymerich (e revisto e ampliado para a Inquisição Espanhola, por Francisco de La Peña, em 1578), no qual ele esclarece como se dão as três formas de iniciar o processo (por acusação, por denúncia e por investigação). A respeito do processo iniciado por acusação, consta do documento da época:

*O processo pode começar pela acusação. Neste caso, a acusação deve ser precedida por um registro.*

*Pode começar pela denúncia. Neste caso, a própria denúncia deve ser precedida de uma caridosa exortação.*

*Finalmente, pode começar pela investigação, que deve preceder informações precisas.*

(...)

**Existe processo por acusação se, na frente do inquisidor, alguém acusar outra pessoa de heresia, manifestar sua vontade de provar sua acusação e declarar que aceita a lei de talão, segundo a qual o acusador aceita, se perder, pagar a pena que o acusado pagaria, se ficasse provada a culpa deste último.**

**Este não é o melhor método na prática da Inquisição; é arriscado e bastante discutível. Mas, se o acusador insiste, o inquisidor aceita e registra a acusação.**

(...)

**Atualmente, o papel do acusador é atribuído a um fascínio chamado de “Fiscal”: é ele quem assume a acusação.** Depois da investigação, formula as acusações em termos precisos e claros, como por exemplo:

*‘Eu, Agostinho, fiscal da Santa Inquisição, acuso, diante do senhor Reverendo Inquisidor, o citado Martinho Lutero, de ter abandonado a fé católica e aderido à horrível heresia*

<sup>1139</sup> ALFONSO EL SABIO, Rey. Ob. cit..

*maniqueísta e a outras heresias, sendo batizado no catolicismo e considerado por todos como católico. Acuso-o de pregar, escrever, criar e afirmar vários dogmas heréticos, falsos, escandalosos e bastante suspeitos de serem compatíveis com as heresias acima citadas.'*

*Este é o estilo dos termos da acusação utilizados, normalmente, nos dias atuais. **Os autos de acusação serão suficientemente explícitos de modo que o acusado saiba de que exatamente é acusado para que possa defender-se.*** (grifos e negritos nossos) <sup>1140</sup>

Como se vê, as regras iniciais são praticamente idênticas àquelas registradas no IV Concílio de Latrão, supra destacadas. Ademais, o *Directorium Inquisitorium* chegava a falar que a acusação era patrocinada por um “Fiscal”, ou seja, por um órgão oficial do Estado, um arremedo do atual Ministério Público. Previa, inclusive, na mesma linha da justiça secular das *Siete Partidas*, que a fórmula da acusação fosse suficientemente clara para que o acusado, compreendendo-a, pudesse se defender (característica hoje, repita-se, considerada “acusatória”). Por outro lado, também fica evidenciado que ainda se regravava a possibilidade de iniciar o processo pela investigação patrocinada pelo próprio Inquisidor (unificando, aqui, as funções de acusar e julgar), o que é rotulado como “inquisitório”.

A mesma orientação tripartite (acusação, denúncia e investigação) de início do processo também foi reafirmada e explicada pelos Inquisidores alemães Heinrich Kramer e James Sprenger, em seu conhecido *Malleus Maleficarum* (O Martelo das Feiticeiras), escrito em 1484:

*A primeira questão, pois, consiste em saber qual o método correto para a instauração de um processo contra o crime de bruxaria, em nome da fé. Para respondê-la, é mister entender que, segundo o texto canônico, três são os métodos permitidos.*

***No primeiro tem-se a acusação de uma pessoa por outra perante o Juiz,** seja do crime de heresia, seja do de dar proteção a algum outro herege, sendo que o acusador se oferece para prová-lo e se submete à lei de talião caso não o consiga.*

***No segundo tem-se a denúncia de uma pessoa por outra que não se propõe, contudo, a prová-lo e se recusa a envolver-se diretamente na acusação;** mas alega que presta informação para o zelo da fé, ou em virtude de uma sentença de excomunhão prescrita*

<sup>1140</sup> EYMERICH, Nicolau. *Directorium Inquisitorium (Manual dos Inquisidores). Escrito por Nicolau Eymerich em 1376. Revisto e ampliado por Francisco de La Peña em 1578.* Tradução de Maria José Lopes da Silva, Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, pp. 105, 106 e 107.



pelo Ordinário ou pelo Vigário; ou em virtude do castigo temporal requerido pelo Juiz secular para aqueles que deixam de prestar tal informação.

**No terceiro tem-se a inquisição propriamente, ou seja, não se tem a presença de um acusador ou de um informante** – apenas uma denúncia geral de que há bruxas em determinado lugar ou em determinada cidade. O Juiz, portanto, deverá proceder não por solicitação de qualquer das partes, mas apenas pela obrigação que lhe é imposta pelo seu ofício. (grifos e negritos nossos) <sup>1141</sup>

Como visto, tanto o *Directorium Inquisitorium*, quanto o *Malleus Maleficarum* apontavam os três tipos de processo acima destacados. E é no último deles, particularmente focado nos casos de bruxaria, que se pode localizar o maior número de características marcantes daquele pretense modelo ideal de um sistema inquisitório, visto acima.

De fato, no *Directorium Inquisitorium* a sugestão de Nicolau Eymerich é mais severa:

*Vamos esclarecer logo que, nas questões de fé, o procedimento deve ser sumário, simples, sem complicações e tumultos, nem ostentação de advogados e juizes. Não se pode mostrar os autos de acusação ao acusado nem discuti-los. Não se admitem pedidos de adiamento, nem coisas do gênero.* <sup>1142</sup>

Também, no *Malleus*, seus autores indicaram a preferência pelo terceiro modelo: “O terceiro método para dar início ao processo é o mais comum e o mais usual, por ser secreto, e nenhum acusador ou informante precisa aparecer”<sup>1143</sup>. Chegaram a adotar a mesma sugestão, já encontrada no *Directorium Inquisitorium*, de que o juiz “deverá dar prosseguimento ao julgamento da forma mais sumária possível, desautorizando quaisquer exceções, apelos ou obstruções, quaisquer contenções impertinentes de defensores ou advogados, e discussões entre as testemunhas”<sup>1144</sup>. Também admitiram o uso da tortura como método de obtenção da confissão. Esse modelo ainda é

<sup>1141</sup> KRAMER, Heinrich e SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum – O Martelo das Feiticeiras*, 16ª ed., tradução de Paulo Fróes, Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2002, p. 396.

<sup>1142</sup> EYMERICH, Nicolau. Ob. cit., p. 110.

<sup>1143</sup> KRAMER, Heinrich e SPRENGER, James., Ob. cit., p. 399.

<sup>1144</sup> KRAMER, Heinrich e SPRENGER, James. Ob. cit., p. 406.

apresentado, nos dois documentos analisados, à luz da forma escrita com previsão de prisão cautelar.

Portanto, “nas questões de fé”, percebe-se uma orientação mais radical e “inquisitória”. Mesmo assim, mais adiante, tanto no *Directorium Inquisitorium*, quanto no *Malleus*, encontrava-se a ponderação a respeito do direito de defesa do acusado. No *Directorium Inquisitorium*, a questão foi tratada assim:

*O fato de dar o direito de defesa ao réu também é motivo de lentidão no processo e de atraso na proclamação da sentença. Essa concessão algumas vezes é necessária, outras não.*

*Quando o réu confessa o crime – sendo ou não reconhecido por testemunhas – para quem o denunciou e a confissão corresponde às denúncias, não vale a pena oferecer-lhe um defensor para atuar contra as testemunhas. Na verdade, a confissão tem mais credibilidade do que o depoimento das testemunhas.*

*Quando nega o crime; quando há testemunhas a seu favor; ou quando pede para ser defendido, ainda que se ache que seja inocente ou teimoso, pecador inveterado ou cheio de maldade, ele pode se defender; ser-lhe-á concedida uma defesa jurídica.*

*Será designado um advogado honesto, com experiência em Direito Civil e Canônico, e bastante fervoroso. Será nomeado, também, um procurador. (...)*<sup>1145</sup>

Vê-se, então, que neste mesmo procedimento “a bruxa” (assim, no feminino, pois geralmente o caso envolvia uma mulher) tinha direito a um “advogado de defesa honesto, com experiência em Direito Civil e Canônico, e bastante fervoroso” em determinados casos, com acesso ao conteúdo dos autos, adotando regramentos que chegavam até a falar em presunção de inocência, a exemplo das seguintes passagens do *Malleus*:

*Há duas questões a serem consideradas depois da captura, embora caiba ao Juiz decidir qual deverá ser conduzida em primeira instância: quais sejam, a questão de permitir-se à acusada ser defendida e se deve ser examinada na câmara de tortura, embora não necessariamente para que seja torturada. Só se permite a defesa quando é feita solicitação direta (...)*

*Se a acusada alegar inocência e acusação falsa, e se desejar ver e ouvir os acusadores, é então sinal de que está solicitando defesa.*<sup>1146</sup>

<sup>1145</sup> EYMERICH, Nicolau. Ob. cit., p. 137.

<sup>1146</sup> KRAMER, Heinrich e SPRENGER, James. Ob. cit., p. 416.

(...)

*Se, portanto, a acusada solicitar defesa, como se poderá assim proceder quando os nomes das testemunhas são mantidos em completo sigilo? Cabe declarar que três considerações devem ser observadas ao admitir-se a defesa. Primeiro, que se indique um Advogado para a acusada. Segundo, que os nomes das testemunhas não venham a ser conhecidos pelo Advogado, mesmo sob juramento de sigilo, mas que este saiba de tudo o que se acha contido nos depoimentos. Terceiro, a acusada há de receber, na medida do possível, o benefício da dúvida, desde que isso não envolva um escândalo à fé, ou seja prejudicial à justiça, conforme se mostrará. E de forma semelhante o procurador judicial do prisioneiro terá pleno acesso a todo o processo, só sendo suprimidos os nomes das testemunhas e dos depoentes.*<sup>1147</sup>

Ou seja, nos documentos históricos que mais se aproximam da ideia de sistema inquisitório, também se evidenciam passagens mais próximas ao modelo inverso (acusatório), ambas convivendo.

Em 1532, Johann Freiherr Von Schwartzenberg organizou para o Rei Carlos V, a famosa *Constitutio Criminalis Carolina*, documento encontrado na íntegra, em tradução para o inglês, na obra de John H. Langbein<sup>1148</sup>. Neste conjunto de regras também se vê uma mistura de elementos “inquisitórios” e “acusatórios”. Nos casos de notoriedade do delito ou de flagrante o juiz agia de ofício na busca de provas e a tortura era admitida como mecanismo de forçar confissões (“inquisitório”). Porém, assegurava-se ao acusado apresentar provas de sua inocência, tinha direito à fiança, arbitrada por um júri (*shöeffen*<sup>1149</sup>) de quatro pessoas e também direito a defesa (“acusatório”).

Luis Luisi ainda se refere à obra *Tractatus Criminalis*, de Tiberio Deciani (também no século XVI, de 1509 a 1582), que também seria um prático, mas teria

<sup>1147</sup> KRAMER, Heinrich e SPRENGER, James. Ob. cit., p. 419.

<sup>1148</sup> LANGBEIN, John H. *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange. Ltd., 2005, pp. 259 e ss., obra digitalizada e localizada na página [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 15.02.2011.

<sup>1149</sup> Segundo ALMEIDA, Cybele Crossetti de. **Poder e Sociedade: as relações entre a Universidade e o Conselho da Cidade de Colônia em fins da Idade Média e começo da idade moderna**. Artigo digitalizado e encontrado em: <http://www.hottopos.com/notand18/poder.pdf>, acesso em 13.03.2013. Diz a autora: *Também chamados de échevin em francês, vide verbete **Schöffe, -ngericht, -nbank** no Lexikon des Mittelalter, vol. VII, p. 1516. Diferentemente dos conselheiros, que eram eleitos pela comunidade para um mandato de um ano, os Schöffen eram escolhidos pelo Arcebispo de Colônia para este cargo, em geral vitalício. Os Schöffen eram encarregados de julgar e administrar a justiça em nome do Arcebispo, o senhor legal da cidade. O conjunto dos Schöffen era designado Schöffenkollegium, traduzido aqui por colégio de magistrados.*

abordado diversos aspectos do processo penal<sup>1150</sup>, não revelando uma necessária preocupação com definições de sistemas de processo penal, porém defendendo uma série de práticas que permitiriam vê-lo como alguém preocupado com a implantação do hoje denominado “sistema acusatório”:

*Deciani, em seu “Tractatus”, analisa os aspectos fundamentais do processo penal. No livro III, expõe as diferentes formas de proposição da ação penal. Dedicar um longo estudo aos atos iniciais do processo, examinando minuciosamente as condições de sua admissibilidade. E, em 20 capítulos, trata das causas que inviabilizam o início do processo. No livro IV, expõe as normas gerais relativas à jurisdição e à competência (territorial, por conexão, por prevenção, e por delegação). Indica as soluções para os possíveis conflitos de competência entre os tribunais eclesásticos e os tribunais civis. Embora acentue a necessidade dos delitos não ficarem sem a necessária punição, Deciani acentua a indispensabilidade do pleno respeito aos direitos do acusado, e a necessidade de imparcialidade e ponderação dos juízes na condução do processo. Enfatiza, também, o Mestre de Padova, que ninguém pode ser considerado culpado, - principalmente nos delitos mais graves, - sem prova segura, e não extorquida, como acentua no capítulo 36, do livro IV, do “Tractatus”, “Metu tormentum”. E se tais provas faltarem, ou sejam insuficientes, os indícios devem ser interpretados, como escrito no capítulo 31, do livro V, do “Tractatus”, em “mitiore partem”, ou seja, no sentido mais favorável ao Réu.*<sup>1151</sup>

Outro autor importante desse período<sup>1152</sup> é Angeli Aretini (também conhecido como Angelo Gambiglioni), que publicou obra com o título *De Maleficiis Tractatus*, em 1438<sup>1153</sup>. Gambiglioni, no entanto, já na capa introdutória do seu livro<sup>1154</sup> fez expressa referência a Alberto da Gandino como base de seu discurso. Seja como for, da obra de Angeli Aretini (ou Gambiglioni) se extrai uma distinção entre os modelos de *inquisitio* e *accusatio*, quando ele sintetiza o tema, proclamando: *inquisitio fit ex mero iudicis officio, accusatio ad partis petitionem, denunciatio vero ad relationem, & denunciam officialis* (“na *inquisitio* o juiz age de ofício, na *accusatio* as partes peticionam...”), para, em

<sup>1150</sup> Como destacado no Capítulo I, Tiberio Deciani promoveu a separação dogmática entre direito penal e direito processual penal, segundo informa PIFFERI, Michele. Ob. cit., pp. 109 e ss..

<sup>1151</sup> LUISI, Luis. Tiberio Deciani e o Sistema Penal. In: **Revista Direito e Democracia**. Canoas: Ulbra, 2000, pp. 189 a 208.

<sup>1152</sup> A exemplo de LEONE, Giovanni. Ob. cit. p. 24.

<sup>1153</sup> DEZZA, Ettore. **Accusa e Inquisizione. Dal Diritto Comune Ai Codici Moderni**. Ob. cit., p. 28.

<sup>1154</sup> A versão original em latim do livro de Aretinus, pode ser hoje encontrada digitalizada na internet na página [www.books.google.com.br](http://www.books.google.com.br), acesso em 30.08.2010.

seguida, concluir: *inquisitio est magis favorabilis ad reprimendum delicta quam accusatio* (“a *inquisitio* é mais favorável para reprimir delitos do que a *accusatio*”). Na prática, portanto, é bem provável que fosse a *inquisitio* a prevalecer, como também anota Ettore Dezza:

*O uso freqüente da "ratio" do "publica utilitas" em matéria penal (mais uma vez “ne maleficia remaneant impunita”), está intimamente relacionado com o crescente papel desempenhado pelos juízes e funcionários no momento em que o regime absolutista vinha assumindo contornos precisos. A centralização do poder nas mãos do soberano e o desenvolvimento dos aparatos burocráticos tendem, no campo processual penal, a corroer os espaços deixados à iniciativa do indivíduo, a impedir o recurso aos esquemas de inspiração civilista, para bloquear formas populares de julgamento, e, portanto, a deixar de lado decididamente a "accusatio".*<sup>1155</sup>

Seja como for, o critério distintivo referido por Gambiglioni – no inquisitório, o Juiz age de ofício e no acusatório, as partes peticionam – muito influenciou a doutrina de hoje no critério de separação dos pretensos “sistemas puros”. No entanto, também, não é possível considerá-lo um critério definitivo, ou mesmo existente de forma isolada naquele ou em qualquer outro período histórico, ou, ainda, como critério único para a pretendida divisão.

Na mesma Itália, já no século XVI, também teve importante papel doutrinário o livro de Pietro Follerio, intitulado *Practica criminalis (...) dialogice contexta (...)*, publicado em 1554. Segundo informa Michele Pifferi o texto de Follerio era “estruturado em forma de diálogo entre um acusador representante do “*fiscus*” que agia em nome do interesse público, um inquirido que se defendia e um juiz que resolvia as dúvidas”<sup>1156</sup>, ou seja, já aparecia uma acusação pública e um exercício de defesa.

<sup>1155</sup> DEZZA, Ettore. **Accusa e Inquisizione. Dal Diritto Comune Ai Codici Moderni**. Ob. cit., p. 32. Tradução nossa. No original, em italiano: *Il ricorso frequente alla “ratio” della “publica utilitas” in materia criminale (di nuovo “ne maleficia remaneant impunita”), sono strettamente connessi al ruolo sempre più incisivo svolto da giudici e funzionari nel momento in cui il regime assolutistico viene assumendo contorni precisi. L’accentramento del potere nelle mani del sovrano e lo sviluppo degli apparati burocratici tendono infatti, in campo processual penalistico, a erodere gli spazi lasciati all’iniziativa del singolo, a impedire il ricorso a schemi di ispirazione civilistica, a bloccare forme popolari di giudizio, e, quindi, ad accantonare decisamente l’“accusatio”*.

<sup>1156</sup> PIFFERI, Michele. **Criminalistica in antico regime. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto**. Disponível em [http://www.treccani.it/enciclopedia/criminalistica-in-antico-regime\\_\(Il\\_Contributo\\_italiano\\_alla\\_storia\\_del\\_Pensiero:\\_Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/criminalistica-in-antico-regime_(Il_Contributo_italiano_alla_storia_del_Pensiero:_Diritto)/), acesso em 16 de setembro de 2014. Tradução nossa. No original, em italiano: *strutturata in forma di dialogo tra un accusatore rappresentante*

Nessa mesma época, ainda na Itália, Giulio Claro, considerado por Franco Cordero como o “autêntico cabeça forte do velho teatro penalístico”<sup>1157</sup>, publicou em 1568 sua *Sententiarum Receptarum, Liber Quintus*<sup>1158</sup>. Franco Cordero considera que ele desenvolveu um “sistema”<sup>1159</sup>, o que se admite apenas se essa análise for muito mais pela organização dos temas, enfileirados em ordem alfabética num detalhado índice, do que propriamente num conceito de “sistema” processual penal, nos termos kantianos. A obra era composta de sete livros e abrangia diversos temas: pessoas, sucessões, contratos, direito e processo penal, processo civil, dentre outras. O livro quinto tratava especificamente da matéria penal. É nele que Ettore Dezza encontra a passagem das práticas processuais penais utilizadas no século XVI na Itália com o esclarecimento de que “as várias formas procedimentais que grande parte da doutrina continua a descrever, frequentemente de modo muito confuso (*accusatio, inquisitio, denunciatio, exceptio, crimen notorium, deprehensio in flagrante crimine, etc.*) devem ser reduzidas a somente duas, a forma “*ad instantiam partis*” e aquela “*ex officio*”<sup>1160</sup>. Mas há passagens no texto de Giulio Claro que revelam o inverso desta última observação, notadamente quando refere ao crime de adultério, dizendo que “*multis modis in iudicium deduci potest*”<sup>1161</sup>. De resto, Giulio Claro pontua que houve uma paulatina substituição do modelo de “*accusatio*” pelo de “*querela*”, a qual pode ser lida como equivalente ao que hoje considera-se a “*notitia criminis*”, sem os formalismos do libelo da “*accusatio*”, permitindo desencadear até mesmo a “*inquisitio*” pelo juiz<sup>1162</sup>. Segundo Ettore Dezza, essa prevalência da *querela* provoca uma “fratura entre a teoria

---

*del fiscus che agisce per la pubblica utilità, un inquisito che si difende, un giudice che resolve i dubbi, espone la materia processuale.*

<sup>1157</sup> CORDERO, Franco. **Criminalia. Nascita dei Sistemi Penali**. Ob. cit., p. 307.

<sup>1158</sup> CLARO, Giulio. **Sententiarum Receptarum, Liber Quintus**. Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=FGjE98QNTToMC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>, acesso em 15 de setembro de 2014.

<sup>1159</sup> CORDERO, Franco. **Criminalia. Nascita dei Sistemi Penali**. Ob. cit., pp. 307 e 310.

<sup>1160</sup> DEZZA, Ettore. **Accusa e Inquisizione. Dal Diritto Comune Ai Codici Moderni**. Ob. cit., p. 35. Tradução nossa. No original, em italiano: *le varie forme procedural che gran parte della dottrina continua a descrivere, spesso in modo piuttosto confuso (accusatio, inquisitio, denunciatio, exceptio, crimen notorium, deprehensio in flagrante crimine, etc.) devono essere ridotte a due sole, la forma “ad instantiam partis” e quella “ex officio”*.

<sup>1161</sup> CORDERO, Franco. **Criminalia. Nascita dei Sistemi Penali**. Ob. cit., p. 310.

<sup>1162</sup> Conforme DEZZA, Ettore. **Accusa e Inquisizione. Dal Diritto Comune Ai Codici Moderni**. Ob. cit., pp. 42 e ss..

a práxis”, gerando efeitos que ampliam a prática das notícias anônimas, notadamente entre o século XVII e a primeira metade do século XVIII<sup>1163</sup>.

Outro autor muito referido do final do século XVI e início do século XVII é Prospero Farinaccio. Sua obra – *Praxis et Theorica Criminalis*<sup>1164</sup> (escrita entre 1588 a 1616<sup>1165</sup>) – é considerada praticamente uma cópia do texto de Giulio Claro, além de Farinaccio ser considerado muito “confuso” pela historiografia moderna<sup>1166</sup>. Na *Partis Primae, Tomus Primus* de sua obra, já aparece, à saída, a apresentação de dois modelos processuais: *De inquisitione* e *De accusatione* os quais são por ele considerados como presentes praticamente na mesma intensidade<sup>1167</sup>. Mas, a referida “confusão” a que aludem os historiadores parece ser debitada ao fato de que Farinaccio não apresenta o modelo inquisitório como ordinário, dizendo, ao contrário, que ele é excessão à regra e que, portanto, o juiz não pode inquirir de ofício sempre, como se vê da seguinte passagem de seu texto:

*A inquirição é necessária quando intervenha o acusador em algum julgamento, e assim o juiz do cargo não pode regularmente inquirir, pois este não é um remédio ordinário, mas sim extraordinário.*<sup>1168</sup>

Ainda neste mesmo período Giovanni Battista De Luca apresenta um livro em “língua vulgar”, isto é, em italiano ao invés de latim, intitulado justamente “*Il Dottor*

<sup>1163</sup> DEZZA, Ettore. *Accusa e Inquisizione. Dal Diritto Comune Ai Codici Moderni*. Ob. cit., p. 56.

<sup>1164</sup> FARINACCI, Prosperi. *Praxis et Theorica Criminalis. Partis Primae. Tomus Primus*. Sumptibus Horatij Cardon, 1613. Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=I9DOCSqU1VoC&printsec=frontcover&dq=Praxis+Et+Theoricae+Criminalis+primus&hl=pt-BR&sa=X&ei=Mj8YVJLoCKj9sASB9oLQAw&ved=0CCAQ6AEwAA#v=onepage&q=Praxis%20Et%20Theoricae%20Criminalis%20primus&f=false>, acesso em 16 de setembro de 2014.

<sup>1165</sup> Conforme CORDERO, Franco. *Criminalia. Nascita dei Sistemi Penali*. Ob. cit., p. 340.

<sup>1166</sup> Como refere DEZZA, Ettore. *Accusa e Inquisizione. Dal Diritto Comune Ai Codici Moderni*. Ob. cit., p. 59.

<sup>1167</sup> Como anota DEZZA, Ettore. *Accusa e Inquisizione. Dal Diritto Comune Ai Codici Moderni*. Ob. cit., p. 62, *verbis*: “ambos os remédios são, então, considerados ordinários, mesmo se a “*inquisitio*” “*magis in uso videtur*”. Tradução nossa. No original, em italiano: *entrambi i remedi sono quindi ritenuti ordinari, anche se l’inquisitio “magis in uso videtur*”.

<sup>1168</sup> FARINACCI, Prosperi. *Praxis et Theorica Criminalis. Partis Primae. Tomus Primus*. Ob. cit., p. 03. Tradução nossa. No original, em latim: “*inquisitionis requisitum est, ut interveniat accusator nemine enim accusante, regulariter Iudex ex officio inquirere non potest quia Inquisit remedium non ordinarium, sed extraordinarium est*”.

*Volgare*", publicado em 1673<sup>1169</sup>, no qual esclarece os casos nos quais "se possa, ou não, proceder por inquisição, a pedido do procurador do fisco, sem o acusador" e "quando é necessária a acusação, ou, pelo menos, a *querela* da parte ofendida"<sup>1170</sup>. De Luca também critica seus colegas juristas dizendo que alguns preferem referir ao modelo inquisitório como originário da "lei canônica", mas "não refletem que, em muitos locais ou principados, por alguma razão não se pratica sobre matérias profanas"<sup>1171</sup>.

Pelo que se vê, portanto, as "Inquisições" não foram um modelo único, padronizado, com as características hoje pretendidas pela doutrina. As regras oscilaram, e muito, adaptando-se aos diversos momentos e lugares onde foi empregada pela Igreja Católica.

De fato, ao se observar o que sucedeu na Espanha do Século XVI, considerado o período mais sangrento da Inquisição, o regramento processual penal também admitia acusação dissociada da figura do julgador. Nesse sentido, aliás, eram as Instruções de Valdés (no ano de 1561):

2. Satisfeitos os Inquisidores que a matéria é de fé pelo parecer dos teólogos, ou cerimônia conhecida de judeus ou mouros, heresia ou realização manifesta e de que não se pode duvidar, **o Fiscal faça sua denúncia contra a tal pessoa ou pessoas, pedindo sejam presos, apresentando a dita imputação e qualificação.**

(...)

18. **O Fiscal terá cuidado de por as acusações aos presos no termo que a instrução manda, acusando-os geralmente de hereges, e particularmente de tudo o que estão indiciados assim pelos depoimentos das testemunhas como pelos delitos que confessaram. E ainda que os inquisidores não possam conhecer de delitos que não se**

<sup>1169</sup> BATISTA DE LUCA, Gio. *Il Dottor Volgare. Overo il compendio di tutta la legge Civile, Canonina, Feudale, e Municipale, nelle cose più ricevute in pratica; Moralizzato in Lingua Italiana. Tomo Sesto. Libro Decimoquinto. Parte Seconda. Delle Giudizj Criminali, e della loro Practica nella Curia Romana*. Colonia: Modesto Fenzio, 1740, Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=MWaAc0Zz8NwC&pg=PA365&dq=dottor+volgare+XV&hl=pt-BR&sa=X&ei=5E0YVN66A5HisASjzYDYBw&ved=0CB4Q6AEwAA#v=onepage&q=dottor%20volgare%20XV&f=false>, acesso em 16 de setembro de 2014.

<sup>1170</sup> Como refere DEZZA, Ettore. *Accusa e Inquisizione. Dal Diritto Comune Ai Codici Moderni*. Ob. cit., pp. 64-65. Tradução nossa. No original, em italiano: *se si possa, o no procedere per inquisizione, e ad istanza del procuratore del fisco, senza l'accusatore; e quando vi sai necessaria l'accusa, ovvero la querela della parte offesa*.

<sup>1171</sup> DEZZA, Ettore. *Accusa e Inquisizione. Dal Diritto Comune Ai Codici Moderni*. Ob. cit., p. 66. Tradução nossa. No original, em italiano: *"non riflettendo, che in molti paesi, o principati, per alcuni rispetti quella sopra le materie profane non si pratica"*.



**refiram à manifesta heresia, sendo imputado o réu de delitos de outra qualidade deve o Fiscal acusar-lhe deles:** *não para que os inquisidores lhe castiguem por eles senão para agravação dos delitos de heresia que lhe acusou, e para que conste de sua má cristandade ou maneira de viver, e de ali se tome indício no tocante às coisas da fé de que se trata. (grifos e negritos nossos)*<sup>1172</sup>

Esse amplo regramento de como o Fiscal deveria agir a partir das Instruções de Valdés, não pode ser simplesmente desconsiderado na compreensão do modelo processual da época. Ainda que na prática os juízes não levassem muito em conta o regramento escrito, não há como se evidenciar a elaboração de um pretendido “sistema inquisitório”, nos moldes como a doutrina prega, isto é, com pretensão de pureza e pensado *a priori*.

Com efeito, mesmo em termos práticos, não se tem um sistema nos moldes de possível pureza inquisitória, como se vê com o quanto sucedia, no mesmo período, na Alemanha. Por ocasião da virada do século XVI para o século XVII, Friedrich Spee Von Langenfeld (1591-1635) escreveu sua famosa *Cautio Criminalis*, publicada anonimamente em 1631, comentando a respeito das práticas processuais penais de então. Spee explica detalhadamente como se dava, por exemplo, a questão da defesa técnica no processo penal europeu continental de então:

*Quando o crime não é plena e claramente estabelecido, deve ser permitida uma defesa ao preso, garantindo-lhe um advogado, de acordo com a opinião comum; veja-se, por exemplo, Julio Claro, § ‘haeresis’, número 19, e Farinacci, questão 39, números 109 & 166. Isso também deve ser adotado em crimes de exceção, como os autores citados por Delrio e, depois dele, por Tanner, disputa 4: “Na Justiça”, questão 5, dúvida 3, número 76, acho que com razão, ou seja, os professores da Universidade de Ingolstadt, Friburgo, Pádua, Bolonha, e os autores do ‘Malleus Maleficarum’, Eimericus, Penna, Humbertus, Simancha, Bossius, Rolandus, etc. Mas por que eu deveria adicionar autores ou invocar a opinião comum, como se a questão fosse resolvida por autoridade? Para clareza, de acordo com a lei natural (como ninguém agindo racionalmente gostaria de negar), você pode se defender se a sua culpa ainda não foi comprovada. Então, se uma prisioneira não quer dar desculpas para o crime sobre o qual ela está sendo questionada, a ela deve ser concedida uma defesa completamente sem preconceitos*

<sup>1172</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As Instruções de Torquemada e Valdés**, Curitiba: Juruá, 2006, pp. 101 e ss..

e o melhor advogado que pode ser obtido. Na verdade, não são em todos os casos de exceção que devem ser negado a ela, mas justamente por ser um crime de exceção é que deve ser concedido ainda mais rapidamente - na verdade eles deveriam justamente ser obrigatórios nesses casos.<sup>1173</sup>

Spee ainda detalha, de forma comparativa, como a defesa técnica era observada na prática de então:

*É assim que acontece:*

*I. Alguém me acusa de cometer um roubo. Esta é uma grande mancha na minha reputação. Portanto, esses homens experientes e bons, então permitem que eu me defenda e lave essa mancha. Se eu não sou capaz de fazê-lo corretamente por mim mesmo, então eu posso escolher um advogado que irá me representar.*

*II. Um segundo me acusa de adultério. Esta é uma mancha maior, pois eles me permitem lavar esse estigma também.*

*III. Um terceiro me acusa de bruxaria. Esta é a maior e mais vil mancha. Por isso, eles imediatamente me proíbem de me defender e remover a mancha. Eles argumentam que esta é a mancha mais vil, o crime mais atroz e triste, por isso, não pode ser lavado.<sup>1174</sup>*

<sup>1173</sup> SPEE VON LANGENFELD, Friedrich. **Cautio criminalis, or a Book on Witch Trials**. Ob. cit., pp. 59-60. Tradução nossa. No original, em inglês: *When the crime is not fully and clearly established, the prisoner must be permitted a defense and granted a lawyer, according to the common opinion; see for example Julio Claro, § haeresis, number 19, and Farinacci, question 39, numbers 109 & 166. This must also be upheld in excepted crimes, as the authors cited by Delrio and after him by Tanner, disputation 4: "On Justice", question 5, doubt 3, number 76, rightly think, namely the professors of the University of Ingolstadt, Freiburg, Padua, Bologna, and the authors of the Malleus Maleficarum, Eimericus, Penna, Humbertus, Simancha, Bossius, Rolandus, etc. But why should I add authors or call upon the common opinion, as if the question were to be settled by authority? For clearly, according to natural law (as no one acting rationally would want to deny) you can defend yourself if your guilt has not yet been proven. So if a prisoner does not wish to make excuses for the crime about which she is being questioned, she must be granted a completely unprejudiced defense and the best lawyer who can be obtained. Indeed it is not all the case that they should be denied her because it is an excepted crime, but rather for that very reason they should be granted all the more promptly - in fact they should quite rightly be forced upon her.*

<sup>1174</sup> SPEE VON LANGENFELD, Friedrich. **Cautio criminalis, or a Book on Witch Trials**. Ob. cit., pp. 61-62. Tradução nossa. No original, em inglês: *This is how it happens: I. Somebody accuses me of committing a theft. This is a great stain on my reputation. Therefore these expert and good men then allow me to defend myself and wash off this stain. If I am not able to do it properly myself, then I may choose a lawyer who will represent me. II. A second accuses me of adultery. This is a greater stain, therefore they allow me to wash away this stigma also. III. A third accuses me of witchcraft. This is the greatest and most vile stain. Therefore they immediately prohibit me from defending myself and removing the blot. They reason that this is the most vile stain, the most atrocious and dismal crime, therefore it may not be washed off.*

Como se vê, na Alemanha do início do século XVII, a defesa técnica era uma regra para os crimes comuns, a exemplo do roubo e do adultério. Só havia negativa de defesa técnica para casos de flagrante de “bruxaria”. Aliás, nesses casos catalogados como de “bruxaria”, como relata Spee, a tortura e a presunção de culpa também imperavam, no que ele criticava o modelo incisivamente referindo a obviedade de que não havia como escapar ileso de sessões de tortura. Curioso será avaliar, na próxima Seção deste trabalho, o quanto sucedia, nessa mesma época, na Inglaterra na questão da defesa técnica.

Também admitindo uma acusação separada do julgador se encontram, na França, as chamadas *Ordonnance Criminelle* de 1670, usadas no auge da Inquisição francesa. Nelas se vê, no artigo 6, do Título III, a presença do acusador na figura do *Procureur du Roi*:

Artigo 6. **Nossos procuradores e seus senhores terão um registro para receber e fazer escrever as denúncias que serão circunstanciadas e assinadas pelos denunciantes,** caso eles saibam assinar, senão elas serão escritas nas suas presenças pelo escrivão que as receber. (grifos e negritos nossos) <sup>1175</sup>

E, a respeito deste artigo, segue o comentário lavrado, quando das conferências preparatórias à sua aprovação pelo Parlamento de Paris, em 1670: “Senhor Pussort disse que os Procuradores do Rei são as verdadeiras partes em matéria criminal, e que não lhe parece razoável começar um processo sem a sua participação” <sup>1176</sup>.

Enfim, repita-se, a visão equivocada que boa parte da doutrina adota é significativamente reducionista, podendo ser assim resumida: se o juiz acumular as funções de acusar e julgar o “sistema” será inquisitório; caso contrário – se houver separação destas funções entre um órgão de acusação e outro órgão incumbido do julgamento – o “sistema” será acusatório.

<sup>1175</sup> ***Ordonnance Criminelle du mois d'août 1670***. Disponível em [www.ledroitcriminel.free.fr](http://www.ledroitcriminel.free.fr), acesso em 24.06. 2006. Tradução nossa. No original, em francês: *Article 6. Nos procureurs et ceux des seigneurs auront un registre pour recevoir et faire écrire les dénonciations qui seront circonstanciées et signées par les dénonciateurs, s'ils savent signer, sinon elles seront écrites en leur présence par le greffier du siège qui en fera réception.*

<sup>1176</sup> ***Ordonnance Criminelle du mois d'août 1670***. Ob. cit.. Tradução nossa. No original, em francês: *M. Pussort a dit que les Procureurs du Roi sont les véritables parties en matière criminelle, et qu'il ne semble pas raisonnable de commencer un procès sans leur participation.*

E, de outra sorte, como referido, outra parcela da doutrina moderna, prefere o critério igualmente único da gestão da prova. Ou a prova é gerida pelo juiz e, então, o sistema é inquisitório; ou a prova é gerida pelas partes e, então, o sistema é acusatório.

Enfim, em que pese estes modelos de iniciativa processual e, de outro lado, também de produção e gestão probatória, de fato tenham existido/coexistido por alguns períodos, eles não são capazes de se caracterizarem, por si sós, o sistema inquisitório, sem o acréscimo das diversas características secundárias que “complementariam” os dois pretendidos “sistemas”, a exemplo do que a doutrina do século XIX em diante procurou transmitir. Ambos os critérios, portanto, na construção do chamado “sistema inquisitório”, ainda que possam ser identificados em determinados momentos históricos, não estavam dissociados de outros critérios de classificação complementar. O mesmo se dá na linha de estrutura do chamado “sistema acusatório”, como se passa a expor.

## **Seção VI – Segue: desvelando a pretensão “de pureza acusatória”.**

*Por outro lado, não há também como negar um aspecto: o princípio acusatório, uma vez guindado à categoria de princípio reitor, transforma-se, no âmbito destes debates, em razão máxima e quase única razão argumentativa na hora de justificar dadas opções e de recusar outras. (...) O risco, porém, é o de o argumento – neste caso o princípio – enquistar enquanto argumento de autoridade. O que, a ocorrer, equivaleria a fundar a sua legitimidade numa mera condição de critério vencedor.*

(RUI CUNHA MARTINS)<sup>1177</sup>

Segundo o entendimento de Jorge de Figueiredo Dias enquanto na Europa continental prevalecia o “sistema inquisitório” nessa mesma época medieval ganhou dimensão na Inglaterra a adoção de “sistema” oposto àquele inquisitório, hoje denominado de acusatório, o qual teria base histórica na democracia grega aliada à

<sup>1177</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito: *The Brazilian Lessons***. Ob. cit., p. 39.

experiência do antigo processo penal germânico e, ainda, nas antigas legislações orientais<sup>1178</sup>. Na doutrina brasileira Salah H. Khaled Jr. segue a mestra trilha e afirma que "o processo inglês em sua forma clássica é um procedimento de partes no qual o juiz dirige o juízo como uma espécie de condutor imparcial: trata-se de um processo acusatório puro, porque somente os fatos alegados pela acusação podem conduzir a uma condenação."<sup>1179</sup> Vários outros autores seguem o mesmo discurso reducionista<sup>1180</sup>.

Para adequada compreensão do quanto contém de imprecisão as afirmações acima destacadas, é relevante entender os contextos históricos em que os fatos se deram na Inglaterra.

Nessa análise do processo histórico inglês daquela época importa considerar que depois de sofrer intensa influência das denominadas "leis bárbaras", com predomínio da adoção das ordálias e dos juízos de Deus<sup>1181</sup>, em decorrência das invasões dos anglos, dos saxões e dos dinamarqueses<sup>1182</sup>, a Inglaterra passou por amplo período de estabilidade com o Rei Eduardo, o Confessor (reinou de 1043 a 1066), considerado um monarca adorado pelo povo, que inclusive o considerava taumaturgo. Aliás, foi o primeiro dos reis taumaturgos, reverenciado "santo", como anota Marc Bloch<sup>1183</sup>. De fato, segundo a crença da época o povo acreditava que o Rei era capaz de curar doenças pelo simples toque das mãos, o que lhe dava amplo poder para impor reformas e governar. Com a morte de Eduardo, houve uma disputa pela

<sup>1178</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, Ob. cit., p. 66.

<sup>1179</sup> KHALED Jr., Salah H.. Ob. cit., p. 107.

<sup>1180</sup> A exemplo de MARICONDE, Alfredo Velez. Ob. cit., p. 21.; de MAIER, Julio B. J.. **Derecho Procesal Penal – Tomo I – Fundamentos**. Ob. cit., pp. 264 e ss.; MIRABETE, Julio Fabbrini. Ob. cit., pp. 43-44, dentre inúmeros outros.

<sup>1181</sup> Sobre a legislação primitiva na Inglaterra vide, dentre outros: BLACKSTONE, Willian. **Commentaries on the Laws of England**. Vol. II, Livros III e IV, New York: Collins and Hannay, 1832, pp. 276 e ss., obra digitalizada e disponibilizada na internet em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 05.03.2012; MARSH, A. H.. **History of the Court of Chancery and the Rise and Development of the Doctrines of Equity**. Toronto: Carswell & Co., Publishers, 1890; MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C. **A Sketch of English Legal History**. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 1998. Publicado originalmente em New York, London: G.P. Putnam's Sons, 1915.

<sup>1182</sup> Conforme DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, 4ª ed., tradução de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 356 e 357; GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 4ª ed., tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 178 e 209 e também CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2003, p. 183.

<sup>1183</sup> BLOCH, Marc. **Os Reis Taumaturgos**. Tradução de Julia Mainardi. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, pp. 62 a 67. No mesmo sentido, MARSH, A. H., Ob. cit., p. 103.

sucessão do trono entre Haroldo que se antecipou e se proclamou Rei, e Guilherme, o Conquistador, que se julgava herdeiro<sup>1184</sup>, mas era francês. Guilherme provocou a invasão normanda da Inglaterra<sup>1185</sup>, lutou contra o Rei Haroldo pelo trono e concretizou a conquista ainda no ano de 1066, na Batalha de Hastings<sup>1186</sup>. Guilherme jurou seguir as leis de Eduardo, o Confessor, dando início à tradição de se manter as leis da terra (*per legem terrae*), o que mais adiante se converteria na ideia do devido processo legal<sup>1187</sup>. Porém, Guilherme também teve sua guerra patrocinada em grande parte pelos barões (senhores feudais normandos), que acabaram sendo agraciados com diversos domínios feudais na terra conquistada<sup>1188</sup>. Assim, valendo-se do apoio dos nobres normandos mesclou o sistema judicial inglês pautando-o tanto na tradição herdada de Eduardo, o Confessor, quanto, em grande parte, pela vontade dos senhores feudais que dentro de seus limites de terra exerciam “o poder de punir, taxar e julgar”<sup>1189</sup>. Nestes setores, portanto, ocorreram naturais embates entre os Barões e o rei.

Esse modelo de justiça ainda permaneceu nos reinados de seus filhos Guilherme II (morto com uma flechada na cabeça, durante uma caçada no ano 1100<sup>1190</sup>) e Henrique I (morto envenenado em 1135), cessando quando os sucessores hereditários da Coroa (Stephen, sobrinho de Henrique I e Matilda, filha de Henrique I)

<sup>1184</sup> REX, Peter. *William the Conqueror. The Bastard of Normandy*. Gloucestershire: Amberley Publishing, 2012, pp. 97 a 105.

<sup>1185</sup> Conforme, dentre outros, CHURCHILL, Winston S. *História dos Povos de Língua Inglesa – Berço da Inglaterra, vol. 1*, tradução de Aydano Arruda, São Paulo: IBRASA, 2005, p. 164 e ss.

<sup>1186</sup> A maioria dos historiadores aponta o ano de 1066, a exemplo de CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2003, p. 183; DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 4ª ed., tradução de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 357; e LOON, Hendrik Willem Van. *A História da Humanidade*, tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 282. Já para CHURCHILL, Winston S.. Ob. cit., p. 164 e ss., o ano que concretiza a conquista é o de 1070.

<sup>1187</sup> MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C.. Ob. cit., pp. 27 e 28. No mesmo sentido: REX, Peter. Ob. cit., p. 165. E também: LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions*. Austin: Aspen Publishers, 2009, p. 09. E ainda: HOGUE, Arthur R. *Origins of The Common Law*. Indianapolis: Liberty Fund, 1966, p. 147. Na doutrina nacional vide: RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006, p. 40.

<sup>1188</sup> Vide, dentre outros, RAMOS, João Gualberto Garcez. Ob. cit., pp. 40 e 41.

<sup>1189</sup> Conforme PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *História Constitucional Inglesa e Norte-americana: do Surgimento à Estabilização da Forma Constitucional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Finattec, 1ª reimpressão, 2011, p. 27.

<sup>1190</sup> Conforme, dentre outros, LEWIS, Brenda Ralph. *A Dark History: The Kings & Queens of England. 1066 to the presente day*. New York: Metro Books, 2005, pp. 09 e 10.

disputaram o trono, tendo Stephen se antecipado e reinado entre dezesseis e dezenove anos<sup>1191</sup>. No curso desse reinado, decorrência do que foi considerada uma traição ao Rei Henrique I e à sua filha Matilda<sup>1192</sup>, enfim, da insatisfação e das disputas pelo poder, os barões ingleses provocaram uma guerra civil que gerou a ausência de justiça local, restando apenas o domínio da força em detrimento do povo. Sobre essa época e sobre a forma de exercício do poder, vale transcrever a descrição então feita por um monge da cidade inglesa de Peterborough:

*Todos os homens poderosos fizeram seus castelos e sustentaram-nos contra o rei...e, quando os castelos estavam feitos, eles os encheram de demônios e homens maus. Em seguida, capturaram aqueles homens que eles supunham ter posses, tanto de dia como de noite, homens e mulheres, e os lançaram à prisão para ficar com seu ouro e sua prata, e os torturaram com torturas indescritíveis... a muitos milhares eles mataram pela fome. Não devo nem posso contar todos os horrores e todas as torturas que impuseram aos infelizes homens desta terra. E isso durou os dezenove invernos em que Stephen foi rei; e era cada vez pior. (...)*<sup>1193</sup>

Nesse interregno, a filha de Henrique I, Matilda, foi expulsa da Inglaterra e assumiu suas posses na Normandia, onde deu à luz a Henrique II. Este que contava, então, com apenas 19 anos de idade, mas já se revelara astuto o suficiente para agir politicamente, casou-se com Eleanor da Aquitânia (que se divorciou do rei francês Luís VII com esse propósito), tornando-se, por conseguinte, senhor feudal de mais da metade do território francês<sup>1194</sup>. Visando resgatar o trono inglês, em 1153, Henrique II se dirigiu à então caótica Inglaterra onde reforçou a guerra civil ao lado de sua mãe Matilda, que vinha lutando pelo trono desde 1139<sup>1195</sup>. Após sucessivas batalhas sangrentas, mãe e filho selaram um acordo com Stephen que aceitou Henrique II como

<sup>1191</sup> As informações dos historiadores não são precisas quanto à duração do reinado de Stephen, ora afirmando serem 16 anos, ora aludindo a 19 anos.

<sup>1192</sup> Conforme, dentre outros, LEWIS, Brenda Ralph. Ob. cit., pp. 16 e 17.

<sup>1193</sup> Citado por CHURCHILL, Winston S.. Ob. cit., p. 188 e 189.

<sup>1194</sup> Conforme, dentre outros, TEIXEIRA, Sebastião Meirelles, in **Joana D’Arc: processo de condenação/** tradução, comentários e notas Sebastião Meirelles Teixeira. São Paulo: Riddel, 1996, p. 14.

<sup>1195</sup> Conforme, dentre outros, LEWIS, Brenda Ralph. Ob. cit., pp. 18 e 19.

filho adotivo sucessor, vindo a falecer um ano depois, provocando, assim, a ascensão de Henrique II como novo rei também da Inglaterra, querido e amado pelo povo<sup>1196</sup>.

Esse processo histórico é importante para compreender o que veio a se passar com a justiça inglesa da época, embrião da estruturação do *common law* inglês em contraposição ao direito romano continental, sob a aparente contradição tutelar de um francês: Henrique II. De fato, ao assumir a Coroa inglesa e visando reunificar o reino dilacerado e desordenado pelas batalhas, Henrique II se viu quase que compelido a criar três tribunais: *Court of Common Pleas* (Tribunal das Causas Comuns, civis e penais); *Court of Exchequer* (Tribunal do Tesouro) e o *King's Bench* (Tribunal do Banco do Rei), adotando uma Justiça itinerante com este último, na qual o próprio Henrique II viajava por suas terras “distribuindo justiça” nos casos criminais que lhe eram apresentados pelo caminho<sup>1197</sup>.

Para apuração dos delitos o rei também contava com os *sheriffs* que investigavam pessoalmente ou através de júris formados para tanto<sup>1198</sup>. As investigações dos *sheriffs* seguiam o modelo muito próximo àquele denominado “inquisitório” continental, pois exigiam das pessoas que delatassem todo delito que porventura tivesse ocorrido em cada região por eles visitada<sup>1199</sup>. Nos casos de flagrante – *hue and cry* – a pessoa era julgada sumariamente sem direito sequer a se autodefender e era executada imediatamente<sup>1200</sup>. Quanto aos júris, o detalhe “inquisitório” residia no fato de que eram compostos por pessoas que já conheciam o caso, vizinhos do autor do delito ou da vítima, verdadeiras testemunhas, razão pela qual nem de longe representavam garantia de imparcialidade e igualdade<sup>1201</sup>. Estes

<sup>1196</sup> Ainda conforme CHURCHILL, Winston S.. Ob. cit., p. 190 a 192.

<sup>1197</sup> Conforme PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. Ob. cit., p. 29. No mesmo sentido MARSH, A. H., Ob. cit., p. 2.

<sup>1198</sup> LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P. Ob. Cit., pp. 18 e 19. No mesmo sentido, dentre outros, vide também CHURCHILL, Winston S. Ob. cit., p. 172.

<sup>1199</sup> MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C. Ob. cit., p. 58.

<sup>1200</sup> LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P. Ob. cit., pp. 21 e ss. E também: POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic Willian. ***The History of English Law Before the Time of Eduard I***. Volume I, Indianapolis: Liberty Fund, p. 588 e ss., obra digitalizada e publicada na internet na página <http://files/libertyfund.org>, acesso em 03.03. 2013.

<sup>1201</sup> LANGBEIN, John H. *The Origins of Public Prosecution at Common Law*. ***Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series***. Paper 539, 1973, pp. 313-335, artigo digitalizado e publicado na internet na página [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/539](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/539), acesso em 20.02. 2013. No mesmo sentido, dentre outros, vide: MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C. Ob. cit., p. 56.



jurados, inclusive, muitas vezes estavam de olho no patrimônio do condenado que seria confiscado após a execução de sua sentença de morte, circunstância que reforçava o medo da população em ser julgada pelo júri<sup>1202</sup>. Seria possível ponderar, de outra sorte, que se submeter ao júri era facultativo. Porém, quem recusava o julgamento pelo júri, fazendo-o pela vigésima-primeira vez (somente era admitido realizar vinte recusas à composição do júri<sup>1203</sup>) era compelido a sofrer *peine fort et dure*, isto é, estando preso preventivamente era obrigado a se deitar nú no chão da masmorra, com pedras pesadas sobre o peito, até mudar de ideia. Ou seja: não havia como, na prática, evitar o julgamento dos jurados/testemunhas<sup>1204</sup>. Este método de se valer da *peine fort et dure* somente foi abolido da Inglaterra em 1772, sendo, porém, substituído por uma lei tão “inquisitorial” quanto o sofrimento imposto pela *peine fort et dure*. De fato, naquele ano o *Statute* 12, de George III, estabeleceu que, em substituição ao modelo de *peine fort et dure*, se o acusado de um crime fosse silenciar e não desejasse se submeter ao júri seria desde logo considerado culpado<sup>1205</sup>. Dizia o texto deste Estatuto:

*12 George III, c. 20 – Um ato para o mais eficaz procedimento contra pessoas que silenciam diante da acusação que lhe fazem de ter cometido crime ou pirataria.*

*Para o mais eficaz procedimento contra pessoas que silenciam diante da acusação que lhe fazem de ter cometido crime ou pirataria, é promulgado pela sua mais excelente Magestade do Rei, por e com o conselho e consentimento dos Lordes Espirituais e Temporais, e pelos Comuns, nesta atual Assembleia do Parlamento, e também pela mesma autoridade, Que se alguma pessoa, antes e depois do presente ato, for indiciada ou acusada de algum crime, ou indiciada por pirataria, e resolva, diante desta acusação, permanecer em silêncio, ou não responder diretamente pelo crime, ou pirataria, esta pessoa, assim permanecendo em silêncio, como acima mencionado, deve ser condenada pelo crime ou pirataria de que foi acusada; e a Corte perante a qual ela foi antes acusada, deve, logo em seguida, sentenciar e executar esta pessoa, da mesma forma que se esta pessoa tivesse sido condenada por um veredicto ou pela confissão do*

<sup>1202</sup> MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C. Ob. cit., p. 61.

<sup>1203</sup> BLACKSTONE, William. Ob. cit., p. 285.

<sup>1204</sup> MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C.. Ob. cit., p. 60. No mesmo sentido, dentre outros: LANGBEIN, John H. ***Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancient Régime***. Chicago: University of Chicago Press, 1977, pp. 74 e ss..

<sup>1205</sup> EVANS, Willian David. ***A collection of statutes connected with the general administration of the Law***, Vol. 6, London: Thomas Blenkarnp, 1836, p. 273, obra digitalizada e encontrada na internet na página [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 04.03. 2013.

*crime ou da pirataria pelo qual foi acusada; e esta sentença deve ter as mesmas consequências em todos os aspectos como se esta pessoa tivesse sido condenada por um veredicto ou pela confissão deste crime ou desta pirataria, e o julgamento, logo após a sentença tenha sido proferida.*

*II. E tão logo seja promulgada, que as provisões deste Ato sejam extendidas para as colônias e plantações de Sua Magestade na América.*<sup>1206</sup>

Finalmente, em 1827, através do chamado *Peel's Criminal Law Act*, os ingleses passaram a admitir uma declaração de não-culpado também para quem se recusasse a se submeter ao júri<sup>1207</sup>.

Retornando à Idade Média, para solução de alguns casos, o rei expedia ordens denominadas *writs*, muitas vezes apenas reforçando as tradições do povo, já que ele era um estrangeiro (sequer falava inglês<sup>1208</sup>). Essas ordens passaram a servir de precedentes, dando início ao modo de criação do direito na *common law*, documentados nos chamados *Year Books*<sup>1209</sup>. Dessa análise, é possível extrair outro dado concreto que se estabeleceu no direito inglês em contraposição ao direito

---

<sup>1206</sup> Statute 12, George III. In: EVANS, William David. **A collection of statutes connected with the general administration of the Law**, Vol. 6, ob. cit.. Tradução nossa. No original, em inglês: 12 George III. C. 20 – *An Act for the more effectual proceeding against Persons standing Mute on their Arraignment for Felony or Piracy. For the more effectual proceeding against persons standing mute on their arraignment for felony, or piracy, be it enacted by the King's most excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and any by the authority of the same, That if any person, from and after the passing of this Act, being arraigned on any indictment, or appeal for felony, or on any indictment for piracy, shall upon such arraignment, stand mute, or will not answer directly to the felony, or piracy, such person so standing mute, as aforesaid, shall be convicted of felony or piracy charged in such indictment or appeal; and the court before whom he shall be so arraigned shall thereupon award judgement and execution against such person, in the same manner as if such person had been convicted by verdict or confession of the felony or piracy charged in such indictment or appeal; and such judgement shall have all the same consequences in every respect as if such person had been convicted by verdict or confession of such felony or piracy, and judgement had been thereupon awarded. II. And be it further enacted, That the provisions of this Act shall extend to his Majesty's colonies and plantations in America.*

<sup>1207</sup> BENTLEY, David. **English Criminal Justice in the Nineteenth Century**. London: The Hambledon Press, 1998, p. 138. No mesmo sentido, dentre outros, vide também LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P. Ob. cit., p. 62.

<sup>1208</sup> Segundo ARRUDA, José Jobson de A. **História Antiga e Medieval**, 3ª ed., São Paulo: Ática, 1979, p. 454 e DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, 4ª ed., tradução de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 358.

<sup>1209</sup> LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., pp. 179 e ss.. No mesmo sentido: PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. Ob. cit., p. 30.

européu-continental da época: a preferência às regras de processo, consagrada na parêmia *remedies precede rights*<sup>1210</sup>.

Henrique II procurou, nessa ótica, afastar aos poucos a justiça mediante ordálias<sup>1211</sup> e resgatar o modelo de justiça de seu avô, Guilherme I, melhorando-o com a participação popular na iniciativa e coleta de provas, com a implantação da *Assize of Clarendon*, em 1166<sup>1213</sup>, que criava uma *inquest*, ou seja, um “inquérito” a ser conduzido por “doze homens mais instruídos nas leis, dentre os cem homens de cada distrito, (...) sob juramento de falar a verdade”<sup>1214</sup>. Os *jurors* (“jurados”), isto é, “aqueles que juraram”, formavam, então, uma espécie de júri de acusação, substituindo o modelo de acusação privada da vítima<sup>1215</sup>. O texto do primeiro parágrafo da *Assize of Clarendon* era assim redigido, *verbis*:

*Em primeiro lugar o referido rei Henrique, pelo conselho de todos os seus barões, para a preservação da paz e para a observação da justiça, decretou que um inquérito seja feito nos condados separados, e ao longo das centenas separadas, através de doze homens dos mais instruídos nas leis, dentre os cem homens de cada distrito, e através de quatro dos mais instruídos nas leis de cada município, sob juramento de que eles irão falar a verdade: nos casos nos quais em cada uma dessas centenas ou desses municípios tiver qualquer homem que, desde que o rei é rei, tenha sido acusado ou tornado público que tenha sido um assaltante ou um assassino ou ladrão; ou mesmo qualquer um que tenha dado hospedagem a assaltantes ou*

<sup>1210</sup> DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, 4ª ed., tradução de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 363 e 364.

<sup>1211</sup> LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., p. 29, explicam que as ordálias eram usadas nos casos de crimes graves, com a solução do caso dada, em grande parte, por duelos no modelo de processo chamado *Appeal of Felony*. Vide também: PATETA, Federico. **Le Ordalie: studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato**. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1890, pp. 164 e ss., obra digitalizada e publicada em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 11 de novembro de 2011. Vide, ainda, dentre outros: GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 4ª ed., tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 214. A abolição das ordálias somente vai começar a se concretizar com o IV Concílio de Latrão, em 1215.

<sup>1212</sup> Segundo LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., p. 37, a palavra “Assize” tem vários significados, sendo que ela deriva do verbo francês: “s’asseoir”, ou seja: “sentar”.

<sup>1213</sup> **Assize of Clarendon, 1166**. Lillian Goldman Law Library. The Avalon Project. Documents in Law, History and Diplomacy. Disponível em [www.avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp](http://www.avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp), acesso em 04.03.2013. Não é demais registrar que também foi implantada outro tipo de Assize, chamada de *Assize of Novel Disseisin*, que no entanto servia apenas para reclamar a posse ou propriedade de uma terra. Nela havia um julgamento por jurados. Sobre esta outra Assize, vide: SUTHERLAND, Donald W. **The Assize of Novel Disseisin**. Clarendon Press, Oxford University Press, 1973.

<sup>1214</sup> **Assize of Clarendon, 1166**. Ob. cit....

<sup>1215</sup> LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., p. 38.

*assassinos ou ladrões. E os Juizes procederão a este inquérito por si mesmos, e os xerifes por si mesmos.*<sup>1216</sup>

Não é demais anotar que o mesmo documento a solução ainda era dada à luz do modelo de ordálias, como se vê do segundo parágrafo, *verbis*:

*E aquele de quem se souber pelo juramento das referidas pessoas, ter sido considerado ou se tornado público como sendo um assaltante, ou assassino, ou ladrão, ou um receptador deles, desde que o rei é rei, deve ser capturado e levado para as ordálias da água, e deve jurar que ele não era um assaltante ou assassino ou ladrão ou receptador deles desde que o rei é rei, na medida de cinco xelins, tanto quanto ele saiba.*<sup>1217</sup>

Ademais, a prisão cautelar era a regra, a ponto de Henrique II determinar que fossem construídas cadeias nos locais onde elas ainda não existiam, conforme parágrafo sétimo da *Assize of Clarendon*:

*E, nos diferentes condados nos quais ainda não há cadeias, estas devem ser feitas nos burgos ou em algum castelo pelo rei através do dinheiro do rei e com as suas madeiras que esteja ao redor, ou por outras madeiras da vizinhança, sob a vista dos servos do rei; com isso, os sheriffs podem manter nelas aqueles que devem ser levados pelos servidores que estejam acostumados a fazer isso, e pelos seus serventes.*<sup>1218</sup>

---

<sup>1216</sup> **Assize of Clarendon, 1166.** Ob. cit.. Tradução nossa. No original, em inglês, o texto completo do primeiro parágrafo do regramento de Henrique II: *In the first place the aforesaid king Henry, by the counsel of all his barons, for the preservation of peace and the observing of justice, has decreed that an inquest shall be made throughout the separate counties, and throughout the separate hundreds, through twelve of the more lawful men of the hundred, and through four of the more lawful men of each township, upon oath that they will speak the truth: whether in their hundred or in their township there be any man who, since the lord king has been king, has been charged or published as being a robber or murderer or thief; or any one who is a harbourer of robbers or murderers or thieves. And the Justices shall make this inquest by themselves, and the sheriffs by themselves.*

<sup>1217</sup> **Assize of Clarendon, 1166.** Ob. cit.. Tradução nossa. No original, em inglês: *And he who shall be found through the oath of the aforesaid persons to have been charged or published as being a robber, or murderer, or thief, or a receiver of them, since the lord king has been king, shall be taken and shall go to the ordeal of water, and shall swear that he was not a robber or murderer or thief or receiver of them since the lord king has been king, to the extent of five shillings as far as he knows.*

<sup>1218</sup> **Assize of Clarendon, 1166.** Ob. cit.. Tradução nossa. No original, em inglês: *And, in the different counties where there are no jails, such shall be made in the burgh or in some castle of the king from the money of the king and from his woods if they be near, or from some other neighbouring woods, by view of the servants of the king; to this end, that the sheriffs may keep in them those who shall be taken by the servitors who are accustomed to do this, and through their servants.*

No parágrafo dezenove, há também uma determinação de prisão dos acusados pelos *sheriffs* até que a corte itinerante passasse pelo lugar.

Não bastasse, a *Assize of Claredon* ainda previa que, mesmo aqueles que foram absolvidos no julgamento, se pesassem contra eles uma má fama, deveriam ser expulsos definitivamente das terras do rei, conforme se vê do parágrafo quatorze:

*O senhor rei deseja também que aqueles que forem julgados e forem absolvidos pela lei, se se der dele muito mau testemunho e forem publicamente e vergonhosamente difamados pelo testemunho de muitos homens públicos, eles devem renunciar as terras do rei, e no prazo de oito dias devem atravessar o mar, a menos que o vento os detenha; e, com o primeiro vento que vier depois, eles devem atravessar o mar; e eles não devem mais voltar mais para a Inglaterra a não ser em caso de misericórdia do senhor rei: e lá, se voltarem, devem ser banidos, considerados fora da lei; e se eles voltarem e estas devem ser tidos como bandidos.*<sup>1219</sup>

A respeito desse modelo de processo, Churchill apresenta o seguinte relato:

*O primeiro princípio de sua política precisava ser o de atrair causas para seus tribunais e não de obrigá-las a chegar lá. Era necessária uma isca para atrair os litigantes aos tribunais reais; o rei devia oferecer-lhes justiça melhor do que aquela que obtinham das mãos de seus lordes. Por esse motivo, Henrique pôs à disposição dos litigantes nos tribunais reais um processo que para eles era novo – julgamento por júri. “Regale quoddam beneficium”, chamou-o um contemporâneo – uma dádiva real. E a expressão esclarece tanto a origem do júri como o papel por ele desempenhado no triunfo do Direito Comum. Henrique não inventou o júri; deu-lhe uma nova finalidade.*

(...)

*O processo é obscuro. Um júri convocado de regiões distantes para reunir-se em Westminster poderia relutar em comparecer. A viagem era longa, as estradas inseguras, e talvez três ou quatro chegassem. O tribunal não podia esperar. Um adiamento seria dispendioso. A fim*

<sup>1219</sup> **Assize of Clarendon, 1166.** Ob. cit..Tradução nossa. No original, em inglês: *The lord king wishes also that those who shall be tried and shall be absolved by the law, if they be of very bad testimony and are publicly and disgracefully defamed by the testimony of many and public men, shall forswear the lands of the king, so that within eight days they shall cross the sea unless the wind detains them; and, with the first wind which they shall have afterwards, they shall cross the sea; and they shall not return any more to England unless by the mercy of the lord king: and there, and if they return, they shall be outlawed; and if they return they shall be taken as outlaws.*

*de evitar demora e despesa, as partes podiam concordar em confiar num júri de “circumstantibus”, um júri de circunstantes. Os poucos jurados que conheciam a verdade da questão contariam sua história aos circunstantes e, em seguida, todo o corpo proferiria seu veredicto.*<sup>1220</sup>

O que, no entanto, não se pode negar diante do quanto as regras acima deixam transparecer é que esse modelo de julgamento de Henrique II não pode ser considerado como o nascedouro de um pretenso “sistema acusatório puro”<sup>1221</sup>.

Com a morte de Henrique II em 03 de setembro de 1189<sup>1222</sup>, seus filhos ingratos<sup>1223</sup> assumem o poder, a iniciar pelo famoso Rei Ricardo I, apelidado “Coração de Leão” em decorrência da conduta sanguinária demonstrada numa das Cruzadas à Jerusalém, mas reconhecido – assim como seu pai – como um bom rei para seus súditos, seguido pelo seu irmão caçula, o Rei João, denominado “Sem Terra”<sup>1224</sup>. Este, não obstante tenha traído e litigado com o próprio irmão (que passou longo período fora do país, seja lutando nas Cruzadas, seja prisioneiro na Alemanha), conseguiu, ao final da vida de Ricardo, ser por ele perdoado e estabelecer um discurso afinado com o reinado de Ricardo Coração de Leão<sup>1225</sup>.

No entanto, após ser coroado, João Sem Terra voltou a deixar prevalecer sua personalidade de tirano, tendo rompido relações com o Clero, expulsando todos os padres da Inglaterra e confiscando todas as suas propriedades, bem como as rendas eclesiásticas, a ponto de ser excomungado pelo Papa Inocêncio III, no ano de 1209, situação que o impulsionou a impor elevados tributos aos súditos, extorquindo o dinheiro dos judeus ingleses, prendendo-os e os torturando, tudo visando recompor

<sup>1220</sup> CHURCHILL, Winston S.. Ob Cit.. p. 210, 211 e 214.

<sup>1221</sup> Alguns autores, no entanto, consideram-no como sendo o momento de criação e de demonstração de “pureza” do sistema acusatório, a exemplo de COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., p. 06.

<sup>1222</sup> Conforme HINDLEY, Geoffrey. **A Brief History of The Magna Charta: the story of the origins of liberty**. Philadelphia: Running Press Book Publishers, 2008, p. 03.

<sup>1223</sup> Os historiadores relatam inúmeros comportamentos indignos dos filhos de Henrique II para com ele, chegando mesmo a tramar por mais de uma vez a tomada do trono inglês. Vide, por exemplo, o relato detalhado de LEWIS, Brenda Ralph. Ob. cit., pp. 30 a 33.

<sup>1224</sup> O apelido é decorrência de não ter recebido propriedades em herança, em razão de ser o irmão caçula e do que disciplinava o direito sucessório inglês da época.

<sup>1225</sup> Conforme TWISS, Miranda. **Os Mais Perversos da História**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Planeta do Brasil, 2004, p. 66 e ss.

seus exércitos<sup>1226</sup>. Nesse período, por óbvio, não é possível enxergar qualquer arremedo de um pretense “sistema acusatório”. Toda essa insurgência provocou a reação dos Barões ingleses e do próprio Clero, que acenaram com a possibilidade de depô-lo do reinado. Essa insatisfação encontra seu momento crucial no dia 24 de maio de 1215, quando os Barões ingleses, reunidos em exército, marcharam sobre Londres, conseguindo grande adesão popular. Dias depois, no dia 15 de junho do mesmo ano, o Rei João Sem Terra, após relutar por algumas vezes, cedeu aos interesses dos Barões e consentiu em assinar o documento que ficou denominado *Articles of the Barons*, o qual serviu de base para a redação da *Magna Charta Libertatum*.<sup>1227</sup>

A Magna Carta foi um documento elaborado pelos Barões ingleses, escrito originariamente em latim, o quanto vinha a dificultar sua compreensão pelo povo, e que procurava preservar primordialmente os interesses dos próprios Barões. Como sintetiza Brenda Ralph Lewis: “Esta não era uma declaração de liberdades democráticas, como por vezes é referida, mas um tratado dos direitos e privilégios dos Barões”<sup>1228</sup>. No mesmo sentido é a percepção de Geoffrey Hindley<sup>1229</sup>, para quem a Magna Carta seria muito mais uma questão de dinheiro do que a ideia de liberdade que anos mais tarde lhe foi atribuída. Essa preocupação dos Barões em impor limite ao poder do Rei veio delineada ao final da Magna Carta, em seu artigo 61, quando se estabeleceu um Conselho de 25 (vinte e cinco) Barões para controlar o Rei e fazê-lo obedecer e cumprir com o estabelecido no referido documento. O texto é o seguinte:

*CONSIDERANDO QUE GARANTIMOS TODAS ESSAS COISAS por Deus, para o bem do reino e para amenizar a discórdia que havia entre nós e os nossos Barões, e considerando que desejamos que possam gozar de tudo o que referimos, de forma duradoura e para sempre, concedemos e aceitamos aos Barões as seguintes garantias:*

*Os Barões podem eleger vinte e cinco de seus pares para manter e mandar observar, a paz e as liberdades a eles garantidas e confirmadas por esta Carta;*

<sup>1226</sup> TWISS, Miranda. Ob. cit., p. 74 e ss..

<sup>1227</sup> Segundo informa LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 22-26; CHURCHILL, Winston S.. Ob. cit., p. 240; e também TWISS, Miranda. Ob. cit., p. 72 e ss..

<sup>1228</sup> LEWIS, Brenda Ralph. Ob. cit., pp. 43 e 44. Tradução nossa. No original, em inglês: *This was not a declaration of democratic liberties, as is often thought, but a statement of de barons' rights and privileges.*

<sup>1229</sup> HINDLEY, Geoffrey. Ob. cit., p. 55.

*Se nós, nosso Chefe de Justiça, nossos Oficiais, ou qualquer outro servidor, em qualquer circunstância deixarmos de respeitar qualquer homem, ou transgredirmos esses artigos de paz e de garantias, e da ofensa for dado conhecimento a quatro dos vinte e cinco Barões, eles peticionarão para nós ou, se estivermos ausentes do reino, para o Chefe de Justiça, para informar sobre a reclamação e exigir imediata solução. Se nós, ou em nossa ausência o Chefe de Justiça, não dermos solução para o caso em quarenta dias, contados do dia em que a ofensa foi comunicada a nós ou a ele, os quatro Barões devem apresentar o problema ao restante dos vinte e cinco Barões, os quais poderão nos embargar e nos incomodar de qualquer forma possível, com o apoio da comunidade da terra, apoderando-se de nossos castelos, terras e propriedades, ou qualquer outra coisa, preservando apenas a nossa pessoa, nossa Rainha e os nossos filhos, até que satisfaçam sua pretensão. Tão logo tenha havido a reparação, eles deverão retornar a nos obedecer normalmente.*

*Qualquer homem que deseje poderá jurar obedecer às ordens dos vinte e cinco Barões com a mesma finalidade; e unir-se a eles para nos atacar como demonstração de seu poder. Nós damos pública e plena permissão para quem deseje prestar tal juramento e, em nenhum momento proibiremos alguém de assim agir. Aliás, nós compeliaremos todos que nos sejam sujeitos a também jurar da mesma forma, ao nosso comando.*<sup>1230</sup>

Vê-se aqui o marco inaugural de um embrião do Parlamento inglês, identificando, também, um arremedo de duplo grau de jurisdição, haja vista a possibilidade de quatro dos vinte e cinco Barões formularem acusações perante o Rei

---

<sup>1230</sup> Texto original da Magna Carta extraído do site “The British Library”, acesso em 28.01.04. <http://www.bl.uk/collections/treasures/magnatranslation.html>. Tradução nossa. No original, em inglês: *SINCE WE HAVE GRANTED ALL THESE THINGS for God, for the better ordering of our kingdom, and to allay the discord that has arisen between us and our barons, and since we desire that they shall be enjoyed in their entirety, with lasting strength, for ever, we give and grant to the barons the following security: The barons shall elect twenty-five of their number to keep, and cause to be observed with all their might, the peace and liberties granted and confirmed to them by this charter. If we, our chief justice, our officials, or any of our servants offend in any respect against any man, or transgress any of the articles of the peace or of this security, and the offence is made known to four of the said twenty-five barons, they shall come to us – or in our absence from the kingdom to the chief justice – to declare it and claim immediate redress. If we, or in our absence abroad the chief justice, make no redress within forty days, reckoning from the day on which the offence was declared to us or to him, the four barons shall refer the matter to the rest of the twenty-five barons, who may distrain upon and assail us in every way possible, with the support of the whole community of the land, by seizing our castles, lands, possessions, or anything else saving only our own person and those of the queen and our children, until they have secured such redress as they have determined upon. Having secured the redress, they may then resume their normal obedience to us. Any man who so desires may take an oath to obey the commands of the twenty-five barons for the achievement of these ends, and to join with them in assailing us to the utmost of his power. We give public and free permission to take this oath to any man who so desires, and at no time will we prohibit any man from taking it. Indeed, we will compel any of our subjects who are unwilling to take it to swear it at our command.*



ou, na sua falta, ao Chefe da Justiça, sempre com a possibilidade de haver um grau recursal aos demais Barões. No mesmo sentido também foi assegurado o direito de qualquer cidadão inglês se insurgir contra arbítrios do Rei ou contra a violação de seus direitos por qualquer outra pessoa, peticionando neste sentido ao próprio Rei, ao Chefe de Justiça ou mesmo ao referido Conselho.

A Carta era originalmente composta de 63 artigos, muitos dos quais tratando de aspectos da vida medieval de então, regulando a cobrança de impostos, direitos sucessórios relacionados com dívidas com judeus, proibição de pesca, padronização de pesos e medidas, direitos de viúvas de não se casar novamente, dentre outros<sup>1231</sup>.

No que concerne aos aspectos processuais penais, além de assegurar o direito de ir e vir (artigos 41 e 42) e o acesso à Justiça a todos (artigo 40), bem como estabelecer o princípio da proporcionalidade entre crime e sanção (artigos 20 e 21) e indicar como condição da ação aquilo que, hoje, Afrânio Silva Jardim<sup>1232</sup> sintetizou como “justa causa”, ou seja, exigir elementos probatórios preliminares à acusação (artigo 38), e também proibir que alguém fosse preso pela prática de homicídio quando acusado por mulher (exceto quando o morto fosse seu marido), revelando que por outros motivos era possível a prisão cautelar (artigo 54), destaca-se o artigo 39, que regrou o julgamento popular e pode ser considerado o embrião da ideia do devido processo legal, cujo texto vem assim produzido:

*Nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de seus direitos ou sua terra, ou posto fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo destruído, nem lhe será imposta força ou enviado outros para fazê-lo, exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra.*<sup>1233</sup>

O Rei João, no entanto, nunca cumpriu efetivamente o quanto contido na Magna Carta, rebelando-se e iniciando nova guerra civil logo em seguida<sup>1234</sup>.

<sup>1231</sup> Conforme texto original referido por COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81 e ss.

<sup>1232</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.166 e 167.

<sup>1233</sup> Texto original da Magna Carta extraído do site **“The British Library”**, acesso em 28.01.04. <http://www.bl.uk/collections/treasures/magnatranslation.html>. No original, em inglês: *No free men shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.*

Com a morte do Rei João (19 de outubro de 1216), assumiu o trono seu filho Henrique III<sup>1235</sup> e, no ano de 1225, a Magna Carta passou por revisão, editando-se um novo texto, com a redução dos artigos de 63 para 37. Como sintetiza Churchill: “nos cem anos seguintes, foi revigorada trinta e oito vezes, a princípio com algumas alterações substanciais, mas conservando suas características originais”<sup>1236</sup>, destacando-se, ao seu lado, o *Statute of Westminster II*, em 1285<sup>1237</sup>.

No que diz respeito ao julgamento pelo júri o que se tem é um paulatino incremento da produção de provas testemunhais, particularmente quando os jurados não conheciam o caso e não podiam se valer do próprio testemunho para proferir o veredicto. É importante considerar que a admissão de testemunhos de terceiros, ocorreu de forma absolutamente lenta, não planejada, conforme relatam Maitland e Montague e, somente por volta do século XV, é possível dizer que esta prática de certa forma estava consolidada<sup>1238</sup>. O mesmo se diga da exigência de uma decisão unânime pelos jurados, para condenar, que se concretizou apenas por volta do século XIV<sup>1239</sup>. A utilização deste modelo, no entanto, não aconteceu de forma pura e plena e durou pouco tempo, como se passa a expor.

Deveras, diferente do que muitos autores de visão reducionista pensam, o direito inglês não teve curso linear e perene, estando presentes diversos períodos nos quais os modelos processuais estavam muito mais próximos daquilo que se chamou de “inquisitório”. Mesmo nos séculos XIII e XIV (com maior frequência até 1294 e de forma mais esporádica até 1330), o júri era vinculado aos julgamentos pelas *Eyres Courts*, isto é, por cortes itinerantes do Rei que, uma vez ao ano, percorriam as localidades inquirindo, tomando conhecimento dos casos criminais mais graves e proferindo decisões, como, aliás, também já ocorria desde a *Assize of Clarendon* acima detalhada. O júri, portanto, servia de júri de acusação. Os jurados eram os vizinhos do

---

<sup>1234</sup> HINDLEY, Geoffrey. Ob. cit., pp. 245 e ss..

<sup>1235</sup> HINDLEY, Geoffrey. Ob. cit., p. 249.

<sup>1236</sup> CHURCHILL, Winston S. Ob. cit., p. 240. No mesmo sentido, LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 36.

<sup>1237</sup> Sobre sua importância histórica vide GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 4ª ed., tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 219.

<sup>1238</sup> MAITLAND, Frederic William. MONTAGUE, Francis C. Ob. cit., p. 57. No mesmo sentido LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., pp. 210 e ss..

<sup>1239</sup> LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., p. 73.

caso que acusavam o suspeito. Ou seja: quem instruía estas cortes eram os jurados, que serviam de acusadores e testemunhas do caso. Muito parecido com as devassas inquisitórias da Igreja Católica na Europa continental, diga-se. Esse modelo também era ladeado, nos delitos menos graves, de julgamentos semestrais pelas “*sheriff’s tourn*”, onde o *sheriff* presidia e decidia. Os *sheriffs* também prendiam preventivamente aqueles suspeitos de crimes mais graves até a chegada das *Eyres Courts*, que realizavam a chamada *jail-delivery*, isto é, retiravam todas as pessoas da cadeia e procediam seus julgamentos<sup>1240</sup>.

A peste negra (*black death*) que infestou a Inglaterra nos anos 1348 e 1349 e provocou a morte de boa parte da população, acabou tendo um papel decisivo para a não solidificação do modelo de júri, haja vista que com falta de pessoas capazes, dispostas e em número suficiente de servirem como jurados, a realização dos júris ficou bastante prejudicada<sup>1241</sup>. Nesta época também haviam muitas acusações feitas por motivos pessoais, vinganças mesmo. A situação exigiu do Rei Eduardo III a edição de diplomas legais que num primeiro momento tentaram restabelecer a necessidade de somente se admitir a acusação quando formulada por um júri de vizinhos do caso (*Statute of 1352*)<sup>1242</sup>. Porém, com a referida dificuldade de formação dos júris, o Rei acabou criando a figura dos Juízes de Paz (*Justices of the Peace*), num modelo que hoje poderia ser também rotulado de “inquisitório”, já que o Juiz de Paz realizava tudo sozinho, como se vê do texto do *Justices of the Peace Act 1361*:

*Primeiro, que em cada Condado da Inglaterra a manutenção da Paz deve ser atribuída a um Lorde, e com ele três ou quatro dos mais dignos do Condado, com alguns que conheçam o Direito, e eles devem ter o Poder para reprimir os Criminosos, os Desordeiros, e todos os Caluniadores, e também para buscá-los, prendê-los, levá-los, e castigá-los em razão de suas Transgressões ou Ofensas; e para fazer com que sejam aprisionados e devidamente punidos de acordo com a Lei e os Costumes do Reino, e de acordo com o que lhes parecer melhor fazer por sua discricionariedade e bom aconselhamento; e para levar e prender todos aqueles que eles*

<sup>1240</sup> Conforme, dentre outros, LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., pp. 210 e ss.

<sup>1241</sup> Vide, por exemplo, PALMER, Robert C.. ***English Law in The Age of Black Death: 1348-1381. A Transformation of Governance and Law***. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2001, pp. 12 e ss.. No mesmo sentido: LANGBEIN, John H.. ***The Origins of the Adversary Criminal Trial***. Ob. cit., p. 64. E também: LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., pp. 224 e ss..

<sup>1242</sup> LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., pp. 217 e ss..

*possam encontrar por indiciamento ou suspeita e colocá-los na prisão; e tomar de todos os que não sejam de boa fama, onde quer que se encontrem, garantia e fiança suficiente de seu bom comportamento perante o Rei e seu Povo; e a outros punir devidamente; com a intenção de que nem o povo, nem os comerciantes, nem as estradas do reino sejam incomodadas ou prejudicadas por esses desordeiros ou rebeldes, nem a paz seja maculada ou colocada em perigo por tais infratores.*<sup>1243</sup>

A peste negra, portanto, exigiu atitudes mais coercitivas por parte do Rei, o qual visou com isso manter o *status quo ante* diante do caos provocado pela praga, o que, aliado à ascensão da dinastia dos Tudors, decorrência da “Guerra das Rosas” (1455 a 1485)<sup>1244</sup>, colaborou para o paulatino abandono do modelo de júri, culminando com a adoção de outro modelo de processo, muito mais próximo do denominado “inquisitório”.

Assim, a partir de 1529, com Henrique VIII como Rei, o modelo processual passou a ser denominado *equity* e era pautado na “jurisdição do Chanceler”, aproximando-se muito do modelo inquisitorial da Igreja Católica, como destaca René David<sup>1245</sup>. Esclarecendo precisamente a mecânica processual, Maitlant<sup>1246</sup> descreve que o Chanceler do rei era quem inquiria as partes e decidia o caso que lhe era trazido,

<sup>1243</sup> **Justices of the Peace Act 1361**. Texto original digitalizado e disponível em [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk), acesso em 06 de março de 2012. Tradução nossa. No original, em inglês: *First, That in every County of England shall be assigned for the keeping of the Peace, one Lord, and with him three or four of the most worthy in the County, with some learned in the Law, and they shall have Power to restrain the Offenders, Rioters, and all other Barators, and to pursue, arrest, take, and chastise them according their Trespass or Offence; and to cause them to be imprisoned and duly punished according to the Law and Customs of the Realm, and according to that which to them shall seem best to do by their Discretions and good Advisement; ; and to take and arrest all those that they may find by Indictment, or by Suspicion, and to put them in Prison; and to take of all them that be not of good Fame, where they shall be found, sufficient Surety and Mainprise of their good Behaviour towards the King and his People, and the other duly to punish; to the Intent that the People be not by such Rioters or Rebels troubled nor endamaged, nor the Peace blemished, nor Merchants nor other passing by the Highways of the Realm disturbed, nor put in the Peril which may happen of such Offenders.*

<sup>1244</sup> A “Guerra das Rosas” é decorrência da disputa de duas famílias sucessoras do Rei Eduardo III, a Família de York (que tinha como símbolo uma rosa branca) e a família de Lancaster (que tinha como símbolo uma rosa vermelha). Após sucessivas batalhas por longos trinta anos, nenhuma das duas famílias saiu-se definitivamente vitoriosa, tendo cedido o trono da Inglaterra a Henrique Tudor (depois Henrique VII), dando início à dinastia dos Tudors. Sobre a Guerra das Rosas vide CHURCHILL, Winston S. Ob. cit., p. 397 e ss..

<sup>1245</sup> DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, 4ª ed., tradução de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 372. A esse respeito também refere LOON, Hendrik Willem Van. **A História da Humanidade**, tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 283 e ss..

<sup>1246</sup> MAITLANT, Frederick William. **Equity: a course of lectures**. 2ª ed., New York: Cambridge University Press, 1936, reimpresso em 1969 e 2011, p. 5.

ou seja: ao concentrar as funções de gestor da prova e julgador, o modelo processual inglês daquele tempo se revela aos olhos de hoje como “inquisitório”. Helmholz também anota que nesse modelo processual penal os Tudors adotaram a exigência de o acusado se submeter ao juramento de falar a verdade (*ex officio oath de veritate dicenda*) o que, por evidente, facilitava sua condenação<sup>1247</sup>. O julgamento ainda era “vexatório, brutal e essencialmente breve”, nas palavras de J. S. Cockburn, que se refere ao fato de que, em apenas um dia, no ano de 1620, um único juiz, foi capaz de julgar cinquenta casos<sup>1248</sup>. Mesmo a tortura para extrair confissões por vezes acontecia<sup>1249</sup> e era mesmo regrada como se vê dos *State papers of Henry VIII*<sup>1250</sup>. Para uma visão global do modelo processual de então, Stephan Landsman descreve as características do julgamento nos seguintes termos:

*O advogado raramente participava; se é que havia alguma, eram poucas as regras probatórias numa investigação limitada; juízes rotineiramente examinando testemunhas e acusados, de maneira muito vigorosa e, por vezes, implacável; somente as testemunhas de acusação eram autorizadas a falar sob juramento e, assim, aumentar a credibilidade de seus depoimentos; os jurados eram livres para usar o conhecimento privado adquirido fora dos limites da Corte; juízes frequentemente introduziam suas visões políticas nos procedimentos e não havia recurso de apelação.*<sup>1251</sup>

<sup>1247</sup> HELMHOLZ, R. H.. *The privilege and the lus Commune: the middle ages to the seventeenth century*. In: **The Privilege Against Self-Incrimination. Its Origins and Development**. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p. 18. E, também, HELMHOLZ, R. H. **The Spirit of Classical Canon Law**. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 2010, pp. 155 e ss. No mesmo sentido: MARSH, A. H.. Ob. cit., p. 50. No mesmo sentido: MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C. Ob. cit., pp. 118 e 125.

<sup>1248</sup> COCKBURN, J. S. **A History of the English Assizes – 1558-1714**. London: Cambridge University Press, 1972, p. 109.

<sup>1249</sup> MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C. Ob. cit., p. 118. No mesmo sentido: MCWILAIN, John. **Dungeons & Torture**. London: Pitkin Publications, 1998, pp. 12 e ss.. E também LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P., Ob. cit., pp. 74 e 76.

<sup>1250</sup> HEATH, James. **Torture and English Law: an administrative and legal history from plantagenets to the stuart**s. London: Greenwood Press, 1982, pp. 59 e ss.. No mesmo sentido: LANGBEIN, John H. **Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancient Régime**. Chicago: University of Chicago Press, 1977, pp. 74 e ss.. E ainda: PRIMOT, Ludovic. **Le Concept d’Inquisitoire en Procédure Pénale. Représentations, Fondements et Définition**. Bibliothèque des Sciences Criminelles. Tome 47, Paris: LGDJ, 2010, p. 109.

<sup>1251</sup> LANDSMAN, Stephan. *The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*. In: **Cornell Law Review**, 75, 1989-1990, pp. 497-609. Tradução nossa. No original, em inglês: “Counsel seldom participated, few, if any, rules of evidence constrained enquiry, judges routinely examined witnesses and defendants in the most vigorous, and at times ruthless, manner, only prosecution witnesses were allowed to swear testimonial oaths and thereby enhance the credibility of their statements, jurors were free to utilize private knowledge gained outside the confines of the courtroom,

Como se vê, havia um “inquisitorialismo” marcante, inclusive sob a ótica da gestão da prova.

De qualquer forma, mais tarde, outros documentos vão sendo representativos da visão processual chamada de “acusatória”, valendo destacar a *Petition of Rights*, em 1628, elaborada pelo Parlamento inglês para literalmente “lembrar” o Rei Carlos I, da Casa dos Stuarts, dos direitos dos cidadãos estabelecidos desde a Magna Carta de João Sem Terra. Como consequência, o Parlamento foi fechado por onze anos e a Inglaterra passou por curto período republicano, sob o governo de Oliver Cromwell<sup>1252</sup>. Em seguida, retomado o modelo monárquico e em decorrência de inúmeras prisões arbitrárias que vinham se sucedendo, já sob o reinado de Carlos II, em 1679, foi editado o *Habeas Corpus Act*, praticamente reforçando o direito de ir e vir que já estava consignado na Magna Carta de 1215<sup>1253</sup>, não obstante tal documento tenha, aqui, procurado mais preservar o direito hierárquico do Rei, evitando que prisões determinadas por subalternos ou por outras Cortes o desagradassem, do que propriamente garantir remédio contra abusos de qualquer ordem<sup>1254</sup>.

O detalhe importante nessa longa história da Inglaterra é que o Parlamento inglês, cuja Câmara dos Lordes, como dito, teve origem embrionária com a Magna Carta, acabou sobrevivendo às trocas de governo, mesmo travando constantes embates com os governantes. O Parlamento, inclusive, desencadeou novo processo sucessório forçado (a famosa *Glorious Revolution*, como ficou conhecida), tramando a destituição do Rei Jaime II, irmão de Carlos II e entregando o trono ao Rei Guilherme de Orange, com o propósito de a Inglaterra vir, finalmente, a ser governada de fato pelo

---

*judges frequently introduced their political views into proceedings, and there was virtually no appellate procedure.*” (LANDSMAN, Stephan. Ob. cit., pp. 498 e 499).

<sup>1252</sup> CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2003, p. 188 e ss. e HELMHOLZ, R. H.. *The privilege and the lus Commune: the middle ages to the seventeenth century*. In: **The Privilege Against Self-Incrimination. Its Origins and Development**. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p. 19.

<sup>1253</sup> E também, em outros tempos, por institutos similares, a exemplo da ordem de *mainprize*, do *writ de odio et atia* e do *writ de homine replegiando*, como detalha MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. Tomo I. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 1999, pp. 76 e ss..

<sup>1254</sup> Conforme CASTRO, Flávia Lages de. Ob. cit., p. 193.

Parlamento<sup>1255</sup>, sintetizada no discurso de que “o rei reina, mas não governa”, concretizado com a edição de novo documento, intitulado *Bill of Rights*, em 1689<sup>1256</sup>.

Mesmo nesse período o direito processual penal era fortemente baseado em regras que lembram muito mais o que se modelou como “inquisitório”, do que propriamente um processo dito “acusatório”. Interessante notar que durante muito tempo os próprios ingleses acreditaram ser o seu protótipo de processo penal construído particularmente a partir do século XVII em visão evolutiva linear de um universo de garantias processuais plenas. Essa análise somente se revelou falsa a partir da década de 1970, quando novas fontes de pesquisa vieram à tona, como precisamente demonstra John Langbein<sup>1257</sup>.

De fato, os historiadores ingleses do século XIX e da primeira metade do século XX – a exemplo de J. F. Stephen (*A History of the Criminal Law of England*, 1883, 3 volumes); J. H. Wigmore (*A Treasure on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3ª ed., de 1940, 10 volumes); e W.S. Holdsworth (*A History of English Law*, 1922-1966, 16 volumes)<sup>1258</sup> –, que construíram essa ideia de um processo de garantias no imaginário comum inglês, pautaram suas análises com forte embasamento nos chamados *State Trials*, documentos que registravam os principais julgamentos da Corte inglesa, cuja primeira edição publicada é do século XVII, e eram circunscritos quase que exclusivamente aos crimes políticos, de traição contra a Coroa, em que algumas garantias foram formalmente dadas aos acusados, pois estes pertenciam, geralmente, à nobreza (v.g. Thomas More e Walter Raleigh). Mesmo nos registros dos *States Trials*, algumas garantias somente apareceram de forma tardia, a exemplo do direito a advogado de defesa para os acusados de traição, concretizada

<sup>1255</sup> LOON, Hendrik Willem Van. **A História da Humanidade**, tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 292 e ss..

<sup>1256</sup> CASTRO, Flávia Lages de. Ob. cit., p. 194 e ss.; e LOON, Hendrik Willem Van. Ob. cit., p. 294.

<sup>1257</sup> LANGBEIN, John H. *The Criminal Trial before the Lawyers*. In: **The University of Chicago Law Review**. Vol. 45, number 2, winter 1978, pp. 263-316.

<sup>1258</sup> Conforme refere LANGBEIN, John. Ob. cit., pp. 264-265, tradução nossa: “Stephen e Wigmore, cujos pioneirismos na educação ainda residem na fundação do moderno modo de pensar sobre a história dos julgamentos criminais, baseiam seu trabalho esmagadoramente sobre os *State Trials*, assim como fez Holdsworth, que os seguiu em sua história influente.” No original, em inglês: *Stephen and Wigmore, whose pioneering scholarship still lies at the foundation of modern thinking about the history of the criminal trial, based their work overwhelmingly upon the State Trials, as did Holdsworth who followed them in his influential history.*

em 1696, com o *Trials for Treason Act*<sup>1259</sup> e, de uma forma em parte apenas “aparente”<sup>1260</sup>, a independência da magistratura disciplinada formalmente no *Act of Settlement* de 1701, ambos em decorrência das reclamações dos nobres quando da condenação de pessoas por eles consideradas inocentes, nos sucessivos casos de traição conhecidos por *Popish Plot*<sup>1261</sup> (1678), *Rye House Plot*<sup>1262</sup> (1683) e *Monmouth's Rebellion*<sup>1263</sup> (1685)<sup>1264</sup>.

No entanto, como se dizia, os historiadores ingleses dos oitocentos e primeira metade dos novecentos deixaram de analisar como se dava a justiça criminal cotidiana, até porque não dispunham de outras fontes de pesquisa que lhes permitissem ter segurança nessa análise. Construíram, portanto, um discurso que generalizou o modelo de justiça criminal encontrado nos *State Trials*, como se ele fosse a regra. Descobriu-se, depois, que o cenário predominante na justiça criminal inglesa era bem diferente dos casos revelados nos *State Trials* pós *Trials for Treason Act*. Com a descoberta dos *Old Bailey Session Papers*, ou seja, os livretos que tornavam públicos

<sup>1259</sup> *Trials for Treason Act*, 1696. In: **English Historical Documents**. London: Routledge, 1996, pp. 89 e ss.. Texto original digitalizado na internet em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 07.02.2013.

<sup>1260</sup> Os juízes continuaram com mandatos correspondentes aos dos monarcas (morto o monarca, encerrava-se o mandato do magistrado) e estes com poderes de recusar a nomeação de magistrados contrários aos seus interesses. O *Lord Chief Justice of the King's Bench* ainda permaneceu como um ministro integrante da Côrte até o final do século XVIII, atuando, portanto, sob forte influência política. Conforme: LANGBEIN, John H. **The origins of adversarial criminal trial**. New York: Oxford University Press Inc., 2005, p. 81-82 e p. 99.

<sup>1261</sup> Traduzindo literalmente seria algo como um “Complô Papista”. Papista era o termo pejorativo usado pelos protestantes ingleses para se referir aos católicos. O caso teria sido uma fraude criada em 1678, por Titus Oates, para incriminar os católicos por uma suposta trama para matar o Rei Carlos II, tendo resultado em processo movido contra centenas de pessoas, tendo vinte e quatro católicos sido condenados e executados. Conforme POLLOCK, John. **The Popish Plot: A Study in the History of Reign of Charles II**, London: Duckworth & Company, 1903, disponível em <https://archive.org/details/popishplotstudyi00polluoft>, acesso em 21 de abril de 2014. No mesmo sentido KENYON, John. **The Popish Plot**. London, Phoenix Press, 2000.

<sup>1262</sup> Também um complô que visava matar o Rei Carlos II. Ganha o nome de “Rye House Plot” devido ao nome que era dado à residência de um dos integrantes desse “complô”. Conforme a narrativa confessional de Ford Lord Grey, participante dos dois sucessivos complôs (*Rye House Plot* e *Monmouth's Rebellion*), escrita quando ele estava preso na Torre de Londres e publicada *post mortem* em: GREY, Ford Lord. **The Secret History of the Rye-House Plot: and of Monmouth's Rebellion**, London: Andrew Millar, 1754, disponível em <http://books.google.com.br/books?id=FQ9cAAAAQAAJ&printsec=frontcover&dq=Rye+House+Plot&hl=pt-BR&sa=X&ei=PIVVU-WJHqbJsQT5sILoAg&ved=0CEEQ6AEwAg#v=onepage&q=Rye%20House%20Plot&f=false> acesso em 21 de abril de 2014.

<sup>1263</sup> Outra conspiração, agora para matar o Rei James II, que havia assumido o trono no lugar de seu irmão Carlos II, patrocinada pelo filho bastardo de Carlos II, James Scott, Duque de Monmouth. Conforme GREY, Ford Lord. Ob. cit.

<sup>1264</sup> LANGBEIN, John H. **The origins of adversarial criminal trial**. Ob. cit., p.69.



os julgamentos da Corte de Old Bailey, sediada em Londres (e que julgava também os casos do vizinho Condado de Middlesex), foi possível reescrever o funcionamento da justiça inglesa dos séculos XVII e XVIII, revelando um quadro muito mais próximo do rótulo de inquisitorial do que se pudesse até então imaginar<sup>1265</sup>.

Realmente, o direito a ter advogado de defesa, por exemplo, somente apareceu no cotidiano do processo penal inglês, por volta do ano 1730, e mesmo assim de forma bastante tímida. De acordo com a pesquisa realizada por Beattie<sup>1266</sup>, em 1740 apenas 0,5% dos casos e, em 1750, apenas 1,1% dos casos, contavam com advogado de defesa. Esses números pouco se alteram nos anos seguintes, oscilando entre 6% (1755) e 2,1% (entre 1770 a 1775). Em 1795 houve um incremento em casos com a presença de advogados de defesa, chegando a 36,6% e em 1800 a 27,9%. De qualquer modo, a regra, mesmo no início do século XIX, continuava a ser a ausência de defesa técnica (cerca de 70% dos casos).

Não bastasse, os registros feitos nos *Old Bailey Session Papers* também permitem afirmar que os julgamentos pelo júri eram feitos em lotes, isto é, um mesmo corpo de jurados julgava diversos casos num único dia. Para ilustrar, Langbein indica que numa sessão de dezembro de 1678 foram instalados dois júris na Corte de Old Bailey, um para os casos de Londres e outro para os casos de Middlesex, e “entre eles os dois júris deram veredictos em trinta e dois casos envolvendo trinta e seis acusados em dois dias”<sup>1267</sup>.

Os julgamentos também eram conduzidos pelo juiz togado que além de atuar como gestor da prova inquirindo diretamente as testemunhas e o acusado<sup>1268</sup>,

<sup>1265</sup> Conforme LANGBEIN, John H. *The Criminal Trial before the Lawyers*. In: **The University of Chicago Law Review**. Vol. 45, number 2, winter 1978, p. 265. No mesmo sentido, dentre inúmeros outros autores, destaca-se também a obra de DURSTON, Gregory. **Crime and Justice in Early Modern England 1500-1750**. Chichester: Barry Rose Law Publishers Ltd., 2004, pp. 474 e ss.

<sup>1266</sup> BEATTIE, J. M.. *Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*. **Law and History Review**, Vol. 9, nº 2, American Society for Legal History, The Board of Trustees of the University of Illinois, Autumn, 1991, pp. 221-267. Texto digitalizado na integral em [www.jstor.org](http://www.jstor.org), acesso em 07.02.2013.

<sup>1267</sup> LANGBEIN, John H. Ob. cit., p. 275, tradução nossa. Os casos julgados podem ser consultados nos originais do Old Bailey Session Papers, digitalizados na íntegra, na internet: [www.oldbaileyonline.org](http://www.oldbaileyonline.org), acesso em 07.02.2013, Reference Number: 16781211.

<sup>1268</sup> LANGBEIN, John H. Ob. cit., p. 285, tradução nossa: *Nos anos que estamos estudando, o juiz dominava o julgamento pelo júri. Nós já mencionamos como, no lugar do advogado, o juiz muitas vezes agia como examinador-chefe, tanto das testemunhas, quanto do acusado. Tanto nessa função de examinador, quanto especialmente quando estava instruindo o júri, o juiz tinha amplo e irrestrito poder de*

determinava aos jurados que decisão eles deveriam tomar, inclusive sob pena de multa em caso de desobediência<sup>1269</sup>. Fechando o cerco à liberdade dos jurados, os panfletos do *Old Bailey* ainda revelam que se os jurados julgassem em desacordo com a orientação do juiz, este poderia determinar que se reunissem novamente e considerassem novos argumentos que ele lançava ou, persistindo a divergência, o juiz recorria ao rei e mudava a decisão dos jurados<sup>1270</sup>. Ademais, os casos em que a prova se mostrasse frágil, ao invés de gerar absolvição, eram suspensos até que se conseguissem novas provas<sup>1271</sup>. Vale dizer, os jurados eram fantoches nas mãos dos magistrados togados que tinham poder absoluto na gestão da prova e na condução do caso penal. Hoje, tanto a doutrina do “senso comum teórico” – para continuar com Warat<sup>1272</sup> – quanto a doutrina mais moderna, ao ser apresentada a este quadro, diria, sem duvidar: inquisitório!

Portanto, é somente a partir do século XIX que os advogados de defesa vão aparecer, paulatinamente, atuando na inquirição das testemunhas. Com o *Prisoner's Counsel Act*, de 1836, o direito ao advogado de defesa passa a ser garantido no

---

comentar os méritos do caso. Certamente o juiz não tinha a obrigação de tecer comentários sobre as provas, e em muitos casos e ele parecia não se incomodar. Ademais, a maioria dos relatórios do OBSP omitiram muito do que os juízes estavam dizendo aos jurados. Este trabalho interno harmonioso dos julgamentos da corte não interessava ao leitor do OBSP. Não obstante, ao longo dos anos exemplos suficientes foram transcritos sugerindo a gama de comentários judiciais. As observações dos juízes mostram que eles não consideravam o júri como um julgador autônomo. O júri dava sozinho seu veredicto, mas o juiz não hesitava em dizer ao júri como decidir. Nós encontramos o júri rotineiramente seguindo o exemplo do juiz nestes casos. No original, em inglês: *In the years we are studying the judge dominated jury trial. We have previously mentioned how, in lieu of counsel, the judge often served in effect as examiner-in-chief of both the witnesses and the accused. Both in this capacity as examiner, and especially when instructing a jury, the judge possessed what seems to have been a wholly unrestricted power to comment on the merits of the case. The judge was certainly under no duty to comment on the evidence, and in many cases he seems not to have bothered. Further, the OBSP reporters omitted much, probably most, of what the judges were saying to the juries; these harmonious internal workings of the trial court were of no particular interest to the OBSP readership. Nevertheless, over the years enough examples were transcribed to suggest the range of judicial comment. The judges' remarks show that they did not regard the jury as an autonomous fact-finder. The jury alone rendered the verdict, but the judge had no hesitation about telling the jury how it ought to decide. We find the jury routinely following the judge's lead in these cases.*

<sup>1269</sup> A doutrina inglesa do início do século XIX também percebeu essa influência, destacando inclusive a dificuldade do juiz mudar seu comportamento no júri. Sobre o tema, vide, dentre outros: PHILLIPS, Richard. ***On The Power and Duties of Juries and on The Criminal Laws of England***. 2ª ed., London: Sherwood, Neely and Jones, Paternoster-Row, 1813, p. 133. Obra digitalizada e localizada em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 05.01.2012.

<sup>1270</sup> LANGBEIN, John H. Ob. cit., p. 296.

<sup>1271</sup> LANGBEIN, John H. Ob. cit., pp. 287 e 288.

<sup>1272</sup> WARAT, Luís Alberto. *Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas*. Ob. cit., p. 51.

processo penal inglês<sup>1273</sup>, primeiro para quem pudesse pagar<sup>1274</sup> e, depois, já no século XX, como decorrência do *Poor Prisoner's Defence Act*, de 1903<sup>1275</sup>, também para os acusados pobres. E é pela presença cada vez mais constante dos advogados de defesa que se consolida a ideia da presunção de inocência e do ônus da prova da acusação, referidos por Richard Phillips, em seu *Golden Rules for Jurymen*, de 1813, como algo a ser observado pelos jurados: "Todo homem é presumido inocente até ele ter sido claramente considerado culpado; o ônus da prova de culpa é da acusação e nenhum homem é obrigado, exigido ou esperado a provar sua inocência"<sup>1276</sup>. Mesmo com a presença de advogados, os julgamentos da maioria dos delitos nos séculos XVIII e XIX continuavam a ser sumários, principalmente depois da aprovação dos *Juvenile Offenders Acts*, de 1847 e de 1850 e dos *Criminal Justice Acts*, de 1855 e de 1879, a ponto de serem realizados por Cortes de Justiça que passaram a ser conhecidas popularmente como *police courts* (cortes policiais)<sup>1277</sup>, revelando a dificuldade de implantação prática dos hoje consagrados direitos e garantias dos acusados. Neste mesmo período, muitos dos casos também eram resolvidos por acordos de indenização entre a vítima (ou o *Prosecutor* que a representasse) e o agressor, inclusive feitos antes do caso chegar à Corte, ainda que os acordos fossem submetidos à posterior aceitação judicial. Outro aspecto interessante dessa época, conforme relata Clive Emsley<sup>1278</sup>, é que os *Prosecutors* ingleses tinham discricionariedade na definição do delito a ser imputado, inclusive agindo para evitar que o acusado fosse julgado por um delito que lhe aplicasse a pena capital, tornando visível, de certa forma, a origem do modelo de *plea bargain*, posteriormente amplamente desenvolvido nos Estados Unidos. No entanto, quanto ao exercício dessa discricionariedade por parte dos *Prosecutors* ingleses é também relevante considerar que quando ele atuava, o fazia em nome da Corôa, como *longa manus* do Rei, o qual tinha toda discricionariedade e

<sup>1273</sup> CAIRNS, David J. A.. *Advocacy and Making of the Adversarial Criminal Trial – 1800-1865*. London: Clarendon Press, 1999, pp. 2 e ss..

<sup>1274</sup> BEATTIE, J. M.. Ob. cit., pp. 250 e ss..

<sup>1275</sup> EMSLEY, Clive. *Crime and Society in England: 1750 – 1900*. 4ª ed., Harlow: Pearson Education Limited, 2010, p. 206.

<sup>1276</sup> PHILIPPS, Richard. Ob. cit., p. 385. Tradução nossa. No original, em inglês: *Every man is presumed to be innocent till he has clearly been proved to be guilty; the onus of the proof of guilt lie, therefore on the accuser; and no man is bound, required or expected to prove his own Innocence*.

<sup>1277</sup> Conforme destalha EMSLEY, Clive. Ob. cit., pp. 14 e ss.

<sup>1278</sup> EMSLEY, Clive. Ob. cit., pp. 191 e ss..

disponibilidade processual, externada na ideia do *nolle prosequi*<sup>1279</sup>, ou seja, do “não processar”. O Rei, assim, poderia determinar que não se processasse alguém ou poderia desistir dos casos que já estivessem em curso, encerrando o processo pela sua livre discricionariedade. Aliás, justamente pelo fato de os ingleses temerem que a Corôa pudesse não agir em determinados casos em que a vítima entendesse importante, retirando-lhe o direito ao acesso à Justiça, é que a adoção/manutenção do modelo de acusador público (*Public Prosecutor*) foi discutida na Inglaterra do século XIX e acabou não sendo efetivamente adotada<sup>1280</sup>. Esse abandono do *Public Prosecutor* permitiu que a Polícia inglesa passasse, lentamente, a ocupar esse espaço, já que muitas vítimas não queriam agir sozinhas ou não tinham condições financeiras de contratar um *Prosecutor* privado. Por vezes, o próprio *Prosecutor* não tinha condições econômicas para suportar o custo do processo<sup>1281</sup>. Foi somente a partir de 1985, com o *Prosecution of Offenses Act*, que o Ministério Público inglês (*Crown Prosecution Service*) passou a ser mais bem organizado em nível institucional. Antes dessa data, existia somente a figura do Procurador-Geral (*Attorney General*) e do *Director of Public Prosecutions*, que atuavam em alguns poucos casos. Com a ausência de um Ministério Público estruturado, a Polícia tinha exagerado poder de investigação e persecução penal, o que implicava em constantes desmandos, os quais nem sempre vinham à tona. A situação culminou com o caso de três rapazes acusados de terem assassinado um homossexual nos anos 80 do século passado. Neste caso a Polícia inglesa obteve, mediante tortura, a confissão dos três, mas, anos depois, apurou-se que os acusados não tinham qualquer relação com o caso e eram inocentes. Este caso acabou se revelando o divisor de águas na história da Justiça criminal inglesa, sendo que, a partir de então, visando frear o abuso de poder da Polícia o

<sup>1279</sup> KRAUSS, Rebecca. *The Theory of Prosecutorial Discretion in Federal Law: Origins and Developments*. In: **Seton Hall Circuit Review**, South Orange, v. 6, nº 1, pp. 1-28, 2012, pp.16-17, disponível em [http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=circuit\\_review](http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=circuit_review), acesso em 11 de abril de 2014.

<sup>1280</sup> À exceção dos casos de traição nos State Trials, como pontua LANGBEIN, John H. *The Origins of Public Prosecution at Common Law*. **Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series**. Paper 539, 1973, pp. 313-335, artigo digitalizado e publicado na internet na página [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/539](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/539), acesso em 20.02.2013. Também chegaram a criar um cargo de *Director of Public Prosecutions*, em 1879, que durou trinta anos, mas muito pouco agiu efetivamente (conforme EMSLEY, Clive. Ob. cit., p. 200).

<sup>1281</sup> EMSLEY, Clive. Ob. cit., p. 201.

Parlamento editou um estatuto disciplinando como a Polícia deveria proceder em sua investigação, desde a inquirição de testemunhas até busca e apreensão e abordagem de pessoas, chamado *Police and Criminal Evidence Act 1984* (PACE) . Segundo informa Steve Uglow<sup>1282</sup>, mesmo após a promulgação do PACE em quase nada mudou o comportamento da Polícia que continuou a agir de forma abusiva, “inquisitória”. No ano seguinte (1985), ainda visando abrandar os abusos policiais, como dito, estruturou-se nacionalmente o Ministério Público, criando o *Crown Prosecution Service*<sup>1283</sup>.

Nos Estados Unidos, o quadro de paulatina implantação de garantias do acusado no processo penal não divergiu muito. Para além da influência inglesa na estrutura originária do processo penal, algumas particularidades também implicam em dizer que nem de longe um pretendido “sistema acusatório”, na forma “pura” como é considerado por parte da doutrina, estruturou-se naquele país.

Como se sabe, a Constituição Norte-americana de 1787<sup>1284</sup>, em seus sete artigos e respectivas seções originárias, em termos de garantias processuais, referia apenas ao *habeas corpus* (art. 1º, seção 9ª, cláusula 2ª), ao júri (art. 3º, seção 2ª, cláusula 3ª<sup>1285</sup>) e à proibição do testemunho indireto (art. 3º, seção 3ª, cláusula 3ª). Curiosamente, no art. 3º, seção 3ª, cláusula 1ª, há uma regra de prova tarifada: “ninguém será condenado por traição, senão pelo depoimento de duas testemunhas do mesmo ato, ou pela confissão pública na Corte”<sup>1286</sup>. Inquisitória, portanto, para os padrões doutrinários dicotômicos “puros”. Os demais direitos e garantias processuais somente foram a ela incorporadas com as dez posteriores emendas, de 1789, conhecidas em seu conjunto como *Bill of Rights*<sup>1287</sup>. Nestas emendas se encontram dispositivos de natureza processual penal, notadamente na quarta emenda (que

<sup>1282</sup> UGLOW, Steve. *Criminal Justice*. London: Sweet & Maxwell, 1995, p. 74 e ss.

<sup>1283</sup> Conforme GUARNIERI, Carlo. *Pubblico Ministero e Sistema Politico*, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1984, p. 47 e ss. e também ASHWORTH, Andrew. *The Criminal Process – an evaluative study*. 2ª ed., New York: Oxford University Press Inc., 1998, p. 20 e ss.

<sup>1284</sup> Texto integral em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution.html>, acesso em 20.02.2013.

<sup>1285</sup> *The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.*

<sup>1286</sup> Tradução nossa. No original, em inglês: *No Person shall be convicted of Treason unless on the Testimony of two Witnesses to the same overt Act, or on Confession in open Court.*

<sup>1287</sup> Conforme, dentre outros, RAMOS, João Gualberto Garcez. Ob. cit., p. 108.

regulamenta a busca e apreensão<sup>1288</sup>); na quinta emenda (que regulamenta as hipóteses de prisão, a coisa julgada e o direito a não autoincriminação<sup>1289</sup>); na sexta emenda (que regulamenta a celeridade processual, a publicidade, a imparcialidade, o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa<sup>1290</sup>); na sétima emenda (que regulamenta o direito de ser julgado pelo júri<sup>1291</sup>); e na oitava emenda (que regulamenta a fiança<sup>1292</sup>). Neste mesmo ano, através do *Judiciary Act*, criou-se a figura do *Attorney General* e dos *District Attorneys*, ou seja, a versão norte-americana do Ministério Público, com a diferença essencial em comparação ao atual modelo brasileiro, de que não se tratou de uma instituição autônoma, mas de funções vinculadas hierarquicamente ao Poder Executivo, figuras representativas da vontade do Presidente e dos Governadores daquele país<sup>1293</sup>.

Aliás, aqui cumpre anotar que o discurso pregado por importante parcela da doutrina atual de processo penal no sentido de que o princípio dispositivo seria uma grande contribuição do chamado “sistema acusatório”, não pode deixar de ser compreendido, em certa medida, também em sentido inverso, isto é, como instrumento de exercício e manutenção de poder, facilitador de barganhas corruptivas. Para tanto se deve considerar que se o *nolle prosequi* inglês ficava nas mãos da Corôa, nos Estados Unidos ele foi mantido como poder em mãos do Presidente norte-americano.

<sup>1288</sup> **Amendment IV.** *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*

<sup>1289</sup> **Amendment V.** *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*

<sup>1290</sup> **Amendment VI.** *In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.*

<sup>1291</sup> **Amendment VII.** *In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.*

<sup>1292</sup> **Amendment VIII.** *Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.*

<sup>1293</sup> PRAKASH, Saikrishna B. *The Chief Prosecutor*. In: **George Washington Law Review**, Washington D.C., nº 6, pp. 1701-1787, abril de 2005, pp. 1736 e ss.

Nessa medida, a disponibilidade processual, que pode apressadamente até parecer uma garantia, pois o juiz preservaria sua plena inércia julgando apenas o que outrem decidisse lhe encaminhar, em verdade, nos Estados Unidos foi adotada como reforço de poder estatal, para que os amigos do poder não sofressem consequências penais, as quais acabam sendo destinadas apenas aos “não amigos”. De fato, com o *Prosecutor* americano subordinado à vontade do Presidente, manipulavam-se as coisas e isso ficou evidente já nos primeiros anos após a criação do *Attorney General*<sup>1294</sup>. Em 1799, no caso Thomas Nash – um marinheiro britânico acusado de homicídio – o então *Prosecutor* do caso, John Adams, foi literalmente coagido pelo Presidente a determinar a extradição do acusado para ser julgado na Inglaterra, onde ele foi condenado e executado. Já no caso Trenton, o Presidente interferiu na atividade do *Prosecutor* para determinar o fim do processo<sup>1295</sup>. Não é demais recordar que o *Chief Justice* da Suprema Corte norte-americana, John Marshall, já no século XIX considerava que esse poder de *nolle prosequi* (ou seja, de disponibilidade processual) concentrado nas mãos do Presidente norte-americano era legítimo, pois, o Presidente representava a “vontade da nação”, *verbis*, ao se referir especificamente ao *nolle prosequi*:

---

<sup>1294</sup> Em sentido crítico à possibilidade de escolha do *Attorney General* pelo Presidente norte-americano vide, dentre outros: DERSHOWITZ, Alan M. *Foreword*. In: SILVERGLATE, Harvey A. **Three Felonies a Day: how the Feds target the innocent**. New York: Encounter Books, 2009, p. XXIV, *verbis*: *Porque nosso Procurador-geral – ao contrário de qualquer funcionário em outros governos – desempenha esse duplo papel de conselheiro político e promotor-chefe, ninguém que esteja desempenhando aquele trabalho pode ser confiável para investigar e, se necessário, processar o Presidente ou outros membros do alto escalão de sua administração ou da administração do próprio Procurador-geral. Ele estaria em um claro conflito de interesses, e a percepção de injustiça ofuscaria qualquer decisão. O mesmo é verdadeiro, ainda que em menor grau, em qualquer processo de alto escalão, especialmente aqueles que tenham implicações políticas ou partidárias. Isso também é verdade, em certa medida, em relação a todos os processos, pois vencer ou perder casos criminais reflete na administração*. Tradução nossa. No original, em inglês: *Because our attorney general - unlike any official in other governments - plays these dual roles of political adviser and chief prosecutor, no one holding that job can be trusted to investigate and, if necessary, prosecute the president or other high-ranking members of his or her and the attorney general's administration. He or she would be in a clear conflict of interest, and the perception of unfairness would cloud any decision. The same is true, though perhaps to a lesser degree, with any high-profile prosecution, especially any that has political or partisan implications. It is also true to some degree of all prosecutions, since winning and losing criminal cases reflects on the administration*.

<sup>1295</sup> Conforme MARSHALL, John. *Case of Jonathan Robbins*. In: **History of Congress: 10 annals of Congress**, Philadelphia, v. 6, nº 1, pp. 541-621, março de 1800, p. 615. No mesmo sentido PRAKASH, Saikrishna B. *Ob. cit.*, p. 1730.

*Cavalheiros têm considerado que evitar a possibilidade de uma sentença a quem praticou um delito e já tenha contra si um processo iniciado se trata de uma ofensa contra a autoridade judicial, e uma violação de direitos. Eles têm tratado a matéria como se fosse um privilégio das Côrtes condenar miseráveis culpados à morte, e que interromper o julgamento significaria violar este privilégio. Nada poderia ser mais incorreto que esta visão do caso. Não se trata de um privilégio, mas o triste dever das Côrtes de administrar o julgamento criminal. É um encargo a ser exercido diante da demanda da nação, e sobre o qual a nação tem o direito de dispensar. Se a imposição da pena de morte deve ser pronunciada, ela deve ser realizada sob uma acusação feita pela nação, e a nação poderá, conforme sua vontade, interromper a persecução. A esse respeito, o Presidente expressa, constitucionalmente, a vontade da nação; e poderá certamente, assim como foi feito no caso de Trenton, ingressar com um ‘nolle prosequi’, ou determinar que o acusado não continue a ser processado. Isto não é uma interferência em relação às decisões judiciais, nem tampouco qualquer invasão de competência da corte. É apenas o exercício de um inquestionável poder constitucional.*<sup>1296</sup>

Enfim, a construção dessa tese de plena disponibilidade processual como inerente ao exercício do poder pelo Presidente dos Estados Unidos se consolidou pela exegese realizada pela Suprema Corte daquele País, em 1922, no caso *Ponzi versus Fessenden*<sup>1297</sup>, no qual o Artigo II, Seção 3, da Constituição norte-americana, conhecido por *Take Care Clause*<sup>1298</sup>, foi interpretado como equivalendo a uma efetiva “cláusula de cautela” inerente à execução das leis e ao correspondente exercício do poder presidencial, permitindo ao Presidente norte-americano praticamente escolher como, quando e contra quem a lei será aplicada. E no que diz respeito à independência

<sup>1296</sup> MARSHALL, John. Ob. cit., p. 615. Tradução nossa. No original, em inglês: *Gentlemen had considered it as an offense against judicial authority, and a violation of judicial rights to withdraw from their sentence a criminal against whom a prosecution has been commenced. They had treated the subject as if it was privilege of courts to condemn to death a guilty wretch arraigned asda their bar, and that to intercept the judgment was to violate the privilege. Nothing can be more incorrect than the view of the case. It is not the privilege, it is the sad duty of courts to administer criminal judgment. It is a duty to be performed at the demand of the nation, and with which the nation has a right to dispense. If judgment of death is to be pronounced, it must be at the prosecution of the nation, and the nation may at will stop the prosecution. In this respect the president expresses constitutionally the will of the nation; and may rightfully, as was done in the case of Trenton, enter a nolle prosequi, or direct that the criminal be prosecuted no further. This is no interference with judicial decisions, nor any invasion of the province of the court. It is the exercise of an indubitable and a constitutional power.*

<sup>1297</sup> KRAUSS, Rebecca. Ob. cit., 22 e ss.

<sup>1298</sup> A Constituição dos Estados Unidos prevê, em seu Artigo II, Seção 3, que o Presidente “*shall take Care that the Laws be faithfully executed.*”, ou seja, teve ter a cautela de que as leis sejam “fielmente executadas”. Sobre o tema vide, dentre outros: KRAUSS, Rebecca. Ob. cit., pp. 22 e 23.



dos *Prosecutors* em relação à não interferência jurisdicional em suas decisões de não processar, restou afirmada no Caso *Milliken versus Stone*, em 1925<sup>1299</sup>.

Ou seja, mesmo que esse poder possa ser considerado como “transmitido” do Presidente ao *Prosecutor*, ele continuava não sendo passível de ser submetido ao crivo de controle jurisdicional, ampliando os poderes dos *Prosecutors* norte-americanos, chegando ao ponto de praticamente anular o Poder Judiciário daquele país. Michel Finkelstein apresenta quadro estatístico de solução de casos via *plea bargaining* dizendo que em 1908 era em torno de 50% dos casos; chegando a 72% em 1916 e a 90% em 1925<sup>1300</sup>. Essa situação se consolida depois que o sistema norte-americano passou a usar critérios norteadores para a fixação das penas. Com a *Sentencing Reform Act*, de 1984, instituiu-se a *United States Sentencing Commission* que em 1987 elaborou, pela primeira vez, critérios norteadores de fixação das penas, chamados de *Federal Sentencing Guidelines*<sup>1301</sup>, os quais foram incorporados pelos *Prosecutors* como critérios também para o *plea bargain*. Na prática se afastou o controle jurisdicional sobre fatos em tese delituosos e, para os padrões da doutrina de origem europeia continental, tem-se uma violação ao princípio da necessidade da jurisdição penal. A concentração de poder nas mãos do Chefe do Executivo foi tão exageradamente ampla que mesmo havendo recomendações para evitar o *plea*

<sup>1299</sup> KRAUSS, Rebecca. Ob. cit., p. 24.

<sup>1300</sup> FINKELSTEIN, Michel. *A Statistical Analysis of Guilty Plea Practices in the Federal Courts*. In: **Harvard Law Review**, Harvard Law Review Association, volume 89, nº 2, 1975, pp. 293-315.

<sup>1301</sup> Sobre o tema, vide, dentre outros: SECUNDA, Paul M. *Cleaning up the Chicken Coop of Sentencing Uniformity: Guiding the Discretion of Federal Prosecutors Through the Use of the Model Rules of Professional Conduct*. In: **American Criminal Law Review**, Georgetown, vol. 34, nº 3, pp. 1267-1292, 1997, disponível em <file:///C:/Users/rrchemim/Downloads/SSRN-id855508.pdf>, acesso em 13 de abril de 2014; ROBINSON JR., David. *The Decline and Potential Collapse of Federal Guideline Sentencing*. In: **Washington University Law Review**, St. Louis, vol. 74, nº 4, pp. 881-912, 1996, disponível em <http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1627&context=lawreview>, acesso em 13 de abril de 2014; LYNCH, Gerard. *Panel Discussion: The expanding prosecutorial role from trial counsel to investigator and administrator*. In: **Fordham Urban Law Journal**, New York, vol. 66, nº 3, pp. 679-704, 1998, disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1744&context=ulj>, acesso em 13 de abril de 2014; LYNCH, Gerard E. *Our Administrative System of Criminal Justice*. In: **Fordham Law Review**, New York, v. 66, nº 6, pp. 2117-2151, 1998, disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3485&context=fllr>, acesso em 13 de abril de 2014; e GALIN, Ross. *Above The Law: The Prosecutor's Duty to Seek Justice and The Performance of Substantial Assistance Agreements*. In: **Fordham Law Review**, New York, vol. 68, nº 4, p. 1245-1284, 2000, disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3627&context=fllr>, acesso em 13 de abril de 2014.

*bargaining*, como se deu com o *Thornburgh Memorandum*, de 1989<sup>1302</sup>, a partir dos anos 2000, em 95% dos casos o *Prosecutor* norte-americano afasta a discussão judicial por acordos com os suspeitos<sup>1303</sup>. E, como destaca Richard Vogler, nos países de *common law*, “o *guilty plea* é o método principal na gestão e disposição de um caso”<sup>1304</sup>. Ou seja: o modelo de *plea bargaining* norte-americano, que se pode considerar, pela disponibilidade do processo, como inerente ao denominado sistema acusatório<sup>1305</sup>, acaba, paradoxalmente, ajustando-se muito mais ao rótulo de

<sup>1302</sup> O *Thornburgh Memorandum* de 1989 foi uma iniciativa do então *Attorney General* Richard Thornburgh, de fazer com que os *Prosecutors* somente se valessem do *plea bargaining* como *ultima ratio*. Sobre o tema vide, dentre outros: VINEGRAD, Alan. *Justice Department's New Charging, Plea Bargaining and Sentencing Policy*. In: **New York Law Journal**. Vol. 243, nº 110, junho de 2010, disponível em <http://www.cov.com/files/Publication/9989edae-7ef1-42a5-a57a-fb3019d76b4b/Presentation/PublicationAttachment/4f97a03d-65a8-4e4a-8c91-a94bb3f8a3e0/Justice%20Department's%20New%20Charging,%20Plea%20Bargaining%20and%20Sentencing%20Policy.pdf>, acesso em 14 de abril de 2014.

<sup>1303</sup> WATSON, Duncan. *The Attorney General's Guidelines on Plea Bargaining in Serious Fraud: Obtaining Guilty Pleas Fairly?* In: **The Journal of Criminal Law**. Vol. 74, Edição 1, p. 77-90, fevereiro de 2010, p. 78. Vide, também, a crítica de BARKOW, Rachel E. *Separation of Powers and the Criminal Law*. In: **Stanford Law Review**, Stanford, v. 58, n. 4, p. 989-1054, fev. 2006, p. 1033, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=805984](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=805984), acesso em 12 de abril de 2014. Também é relevante a análise estatística progressiva apresentada por STITH, Kate. *The Arc of Pendulum: Judges, Prosecutors, and the Exercise of Discretion*. In: **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, New Haven, nº 117, p. 1420-1497, 2008, pp. 1453-1454, disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2264&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2264&context=fss_papers), acesso em 12 de abril de 2014, *verbis*: As *Guidelines* e a concomitantemente imposição de sentenças mínimas, teve outros efeitos significantes. Um dos mais notados foi a redução na frequência dos julgamentos federais. Antes das *Guidelines*, mais de 12% dos acusados por crimes federais eram condenados mediante julgamento; até 1996, esta percentagem chegou a 8%; e desde 2000 tem sido inferior a 5%. De fato, durante o período ‘compulsório’ das *Guidelines*, declarações de culpa acabaram substituindo os julgamentos no sistema federal. Aqueles que estudaram esse fenômeno com razão dizem que isso decorre da ‘adoção de novas leis a respeito de sentenças, que acabaram aumentando a influência do *plea bargaining*, em proveito dos *prosecutors*’. Tradução nossa. No original, em inglês: *The Guidelines and the concomitant enactment of mandatory minimum sentences had other significant effects. One that has been widely noted is the reduction in the frequency of federal criminal trials. Before the Guidelines, more than 12% of federal offenders were convicted by trial; by 1996, the percentage was just over 8%; and since 2000 it has been less than 5%. Indeed, throughout the period of ‘mandatory’ Guidelines, guilty pleas steadily displaces trials in the federal system. Those who have studied this phenomenon quite reasonably attribute it to the ‘adoption of new sentencing laws that have greatly enhanced the plea-bargaining leverage enjoyed by prosecutors’.*

<sup>1304</sup> VOGLER, Richard. *Justiça Consensual e Processo Penal*. In: **Processo Penal e Estado de Direito**. (Coordenadores: CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai). Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Campinas: Edicamp, 2002, p. 283.

<sup>1305</sup> Nesse sentido, de forma expressa, dentre outros: LYNCH, Gerard. Ob. cit., p. 2121, *verbis*: Nesse sentido o *plea bargaining* decorre da noção adversarial, em que as partes se encontram como litigantes iguais e autônomos perante a Corte, [...]. Assim como as partes durante o julgamento controlam a maneira como as provas são apresentadas, cada um informando somente fatos que julgam relevantes para o caso, seja antes do julgamento, seja fora da presença da Corte, as partes são livres para se compromissarem ou resolver suas controvérsias, da melhor maneira que entenderem. Mas se o *plea bargaining* emana de uma ideologia adversarial, a sua prática extremamente difundida resultou no

inquisitório, notadamente quando se leva em conta o critério de junção das funções de acusar e julgar numa única pessoa, a tal ponto de Pietro Costa considerá-lo como equivalente a um “*new medievalism* processual penal”<sup>1306</sup>.

De qualquer sorte, em 2005, por ocasião do Caso *United States versus Booker*<sup>1307</sup>, procurou-se relativizar a ideia de absoluta separação dos poderes legitimadora de possíveis abusos pelos *Prosecutors* americanos, permitindo, em grau revisional, uma intervenção jurisdicional que diminua as penas impostas pela mecânica do *plea bargain*.

De resto também é relevante tomar em conta que na estrutura norte-americana de poder construída ao longo do século XIX e em particular a partir dos *Confiscation Cases*<sup>1308</sup>, onde se discutiu o poder dos *Prosecutors*, estes foram colocados numa posição de subordinação hierárquica com o *District Attorney*; este com o *Attorney General*; e, este, por fim, com o Presidente da República. Ou seja: agiam sem qualquer independência, pautados inclusive por motivações político-eleitorais. Vê-se, portanto, que o princípio da disponibilidade plena do processo, de origem norte-americana – lido hoje até mesmo como princípio unificador do “sistema acusatório”<sup>1309</sup> – não é

---

*desenvolvimento de um sistema de justiça que em verdade aparenta, para a maioria dos acusados, muito mais com aquilo que os Advogados americanos chamariam de sistema inquisitório do que aquele modelo de justiça adversarial idealizada nos livros de doutrina. Tradução nossa. No original, em inglês: Plea bargaining, in this sense, grows directly out of the adversarial notion that parties stand as equal autonomous disputants before the court, [...]. Just as at trial parties will control the way in which evidence is presented, each putting forth only such information as it thinks relevant to the case it wants to make, so in advance of the trial, or outside the presence of the court, the parties are free to compromise or settle their dispute in any way they see fit. But if plea bargaining grows out of an adversarial ideology, its widespread practice has resulted in the development of a system of justice that actually looks, to most defendants, far more like what American lawyers would call an inquisitorial system than like the idealized model of adversary justice described in the textbooks.*

<sup>1306</sup> COSTA, Pietro. *Il Modello Accusatorio in Italia: fra 'attuazione della costituzione' e mutamenti di paradigma*. Ob. cit., p. 159. Em sentido similar, traçando paralelos entre o “sistema judicial de tortura” da Europa medieval e o *plea bargaining*, vide LANGBEIN, John H.. *Torture and Plea Bargaining*. In: **The University of Chicago Law Review**, vol. 46, nº 01, 1978, pp. 3-22, disponível em [http://www.judicialstudies.unr.edu/JS\\_Summer09/JSP\\_Week\\_4/JS710Wk4.LangbeinTorandPleaBargtxt.pdf](http://www.judicialstudies.unr.edu/JS_Summer09/JSP_Week_4/JS710Wk4.LangbeinTorandPleaBargtxt.pdf), acesso em 21 de abril de 2014.

<sup>1307</sup> Vide, dentre outros: NELSON, Briton K. *Adding Fuel to the Fire: United States v. Booker and the Crack versus Powder Cocaine Sentencing Disparity*. In: **University of Richmond Law Review**. Vol. 40, edição 4, maio de 2006, pp. 1161-1192.. Disponível em <http://lawreview.richmond.edu/adding-fuel-to-the-fire-united-states-v-booker-and-the-crack-versus-powder-cocaine-sentencing-disparity/>, acesso em 11 de abril de 2014.

<sup>1308</sup> Conforme KRAUSS, Rebecca. Ob. cit., pp. 21 e ss..

<sup>1309</sup> V.g. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., p. 08, *verbis*: *O problema é que o fim do*

necessariamente uma garantia do cidadão, leia-se, inclusive, do cidadão-vítima, podendo se revelar, numa síntese, em modelo processual no qual amigos do poder são protegidos e os inimigos do poder são processados. Não bastasse, ainda contribui para o incremento de barganhas pautadas pela corrupção de agentes do Estado. Algum controle externo deve existir aí. Assim, a atuação discriminatória não é algo que possa ser lido, unilateralmente, como grande vantagem de um sistema processual penal democrático. Vale igualmente o registro de que a interferência política na atuação dos *Prosecutors* chegou a levar o Parlamento dos Estados Unidos a editar, em 1978, o *Ethics in Government Act*<sup>1310</sup>, criando a figura do *Independent Counsel* (ou seja: o Promotor independente)<sup>1311</sup>. Mesmo com a criação do “Promotor independente”, a Suprema Corte dos Estados Unidos ainda insistiu em considerá-lo subordinado ao *Attorney General*, o que, em certa medida, representou amplo esvaziamento da ideia. Quando da promulgação da referida lei o próprio Congresso Nacional Americano já previu que a mesma deveria ser revista de tempos em tempos. Isto efetivamente acabou acontecendo e sempre suscitando acalorados debates entre os americanos a respeito do amplo poder destinado a um único Promotor de Justiça, mas sempre prevalecendo a interpretação favorável à necessidade de sua existência.

Este pensamento, no entanto, acabou sendo revisto em 30 de junho de 1999, quando se deixou de promover a renovação da vigência da lei em tela, que já havia sofrido severas críticas em 1994 em razão da atuação de um Promotor Independente chamado Lawrence E. Walsh, que investigou a participação, dentre outros, do então Presidente americano Ronald Reagan no caso denominado “Irã-Contra”<sup>1312</sup> e que, seguramente, sofreu seu golpe final em razão da atuação sensacionalista de outro

---

*sistema – como referido – que resignifica o princípio unificador e ele, como é elementar, ganha um colorido diferente nos dois sistemas conhecidos: o princípio unificador será inquisitivo se o sistema for inquisitório; e será dispositivo se o sistema for acusatório.*

<sup>1310</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *House of Representatives. Ethics in Government Act*. Disponível em <http://www.house.gov/legcoun/Comps/Ethics%20In%20Government%20Act%20Of%201978.pdf>, acesso em 11 de abril de 2014.

<sup>1311</sup> Sobre o tema, vide, dentre outros: CHAMPAGNE, Richard A. *The Separation of Powers, Institutional Responsibility, and the Problem of Representation*. In: *Marquette Law Review*, Milwaukee, v. 75, nº 4, 1992, pp. 839-861, p. 850.

<sup>1312</sup> Como se sabe, o caso “Irã-Contra” refere-se a dois episódios ocorridos no governo de Ronald Reagan, nos Estados Unidos da América, em 1986, concernentes à política de venda clandestina (contra a vontade do Parlamento norte-americano) de armas ao Irã e aos contra-militares na Nicarágua.

Promotor Independente – Kenneth Starr – nomeado em 1994, inicialmente para investigar outro escândalo político-financeiro: o “Caso *Whitewater*”<sup>1313</sup>.

Como se tornou notório, Starr não se contentou em apurar o caso em si e na ânsia de provar que o Presidente americano Bill Clinton teria mentido em Juízo enveredou por investigar sua vida privada, transformando o “Caso *Whitewater*” no famoso escândalo amoroso da estagiária Monica Lewinski com o Presidente Bill Clinton, implicando a acusação de perjúrio ao Presidente americano. A repercussão mundial negativa do episódio, somada às crítica do *Justice Scalia* no caso *Morrison versus Olson*<sup>1314</sup>, e também em razão da existência de forte corrente doutrinária contrária à independência dos *Prosecutors*<sup>1315</sup>, é que teria culminado na não renovação da lei dos Promotores Independentes<sup>1316</sup>.

Hoje, em casos que demandem maior dedicação fica a critério do *Attorney General* a nomeação de Promotores especiais. Não obstante, a intervenção política ainda perdura, fazendo que o modelo de Ministério Público norte-americano não seja uma referência positiva de um pretense sistema acusatório, no que concerne à independência de atuação de seus membros. De fato, o maior problema na atuação do Ministério Público americano está centrado na forma de escolha de seus membros, pois não existe uma carreira apropriada, e a seleção dos mesmos é feita com forte enfoque político, em detrimento da atuação ética e da preparação profissional.

Não bastasse, retomando o curso histórico do desenvolvimento do direito processual norte-americano, vê-se que foi somente a partir da Décima Quarta Emenda, em 1866 (ratificada pelos Estados-membros em 1868), que se começou a

<sup>1313</sup> O caso *Whitewater* ocorreu quando Bill Clinton ainda era Governador do Estado americano do Arkansas. Bill Clinton e sua esposa Hillary eram sócios de uma imobiliária chamada “*Whitewater*”, a qual, após desenvolver um projeto imobiliário de urbanização, pediu falência. Ambos foram acusados de promover uma falência fraudulenta. Depois, como dito, o caso acabou sendo relegado a segundo plano, derivando as investigações para o escândalo envolvendo o então Presidente dos Estados Unidos da América, Bill Clinton, que teria cometido perjúrio ao mentir sobre suas relações com a estagiária da Casa Branca, Monica Lewinski.

<sup>1314</sup> *UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. Morrison v. Olson*. Nº 87-1279, 487 U.S. 654, Washington D.C., 1988. Disponível em <http://openjurist.org/487/us/654/morrison-v-b-olson-c-e>, acesso em 12 de abril de 2014.

<sup>1315</sup> Vide, dentre outros: CHAMPAGNE, Richard A. Ob. cit., p. 851-852; e PRAKASH, Saikrishna B.. Ob. cit., p. 1721; 1759.

<sup>1316</sup> Segundo HARRIGER, Katy J. *The Special Prosecutor in American Politics*, Kansas: University Press of Kansas, 2000. A respeito vide matéria publicada no jornal **Gazeta do Povo**, Internacional, de 01 jul. 1999, p. 32, sob o título: “Termina a fase dos promotores independentes”.

debater a necessidade dos Estados-membros daquele País seguirem compulsoriamente o quanto consignado na *Bill of Rights*, e por conta dela fazer expressa referência à necessidade dos Estados-membros não poderem abolir privilégios ou imunidades, nem privá-los da vida, liberdade, ou propriedade, sem o “devido processo legal”<sup>1317</sup>. Três correntes de interpretação surgiram no âmbito da Suprema Corte Norte-americana, como destaca Akhil Reed Amar:

*E ainda, apesar da importância do tópico e toda a atenção devotada a ele, nós ainda carecemos de uma avaliação plenamente satisfatória entre as dez primeiras emendas e a Décima-quarta. Pequenas variações à parte, três grandes abordagens dominaram o debate no século XX. A primeira, representada pelo Juiz Frankfurter, insiste que, rigorosamente falando, a Décima-quarta Emenda nunca incorporou nenhuma das disposições da Bill of Rights. A Décima-quarta somente exigia que os Estados honrassem os princípios básicos fundamentais de justiça e da almejada liberdade – princípios que, de fato, devem ter constado para sobrepor, totalmente ou em parte, algumas das regras do Bill of Rights, mas que não tem qualquer relação lógica com aquelas regras. A segunda abordagem, capitaneada pelo Juiz Black, insiste na “total incorporação” do Bill of Rights. A Décima-quarta emenda, afirmou Black, tornou aplicável contra os Estados cada uma das disposições da Bill, definitivamente – ao menos se nós definirmos que a Bill incluiu somente as oito primeiras emendas. Confrontando diametralmente com estes pontos de vista, o Juiz Brennan tentou conduzir a um meio termo de “incorporação seletiva”. Sob esta abordagem, as análises da Corte poderiam ser feitas cláusula por cláusula e direito por direito, incorporando totalmente cada dispositivo da Bill considerado fundamental, sem decidir por antecipação se cada um e se todos os direitos necessariamente passariam pelo teste*<sup>1318</sup>.

<sup>1317</sup> **Amendment XIV. Section 1.** All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

<sup>1318</sup> AMAR, Akhil Reed. **The Bill of Rights: Creation and Reconstruction.** Harrisonburg, Virginia: Yale University Press, 1998, p. 139. Tradução nossa. No original, em inglês: *And yet, despite the importance of the topic and all the attention devoted to it, we still lack a fully satisfying account of the relation between the first ten amendments and the Fourteenth. Minor variations aside, three main approaches have dominated the twentieth-century debate. The first, represented by Justice Frankfurter, insists that, strictly speaking, the Fourteenth Amendment never incorporated any of the provisions of the Bill of Rights. The Fourteenth requires only that states honor basic principles of fundamental fairness and ordered liberty – principles that might indeed happen to overlap wholly or in part with some of the rules of the Bill of Rights but that bear no logical relation to those rules. The second approach, championed by Justice Black, insists on “total incorporation” of the Bill of Rights. The Fourteenth Amendment, claimed Black, made applicable against the states each and every provision of the Bill, lock, stock, and barrel – at least if we define the Bill to include only the first eight amendments. Faced with these diametric views, Justice Brennan tried to steer a middle course of “selective incorporation”. Under this approach, the Court’s*

Assim, a efetiva aplicação desta emenda em âmbito nacional nos Estados Unidos – e por via de consequência da própria *Bill of Rights* nos Estados-membros – foi lenta, por partes, somente se concretizando depois de diversas intervenções adotadas pela Suprema Corte Americana, o que retardou a efetividade de um pretendido processo penal de garantias naquele país. Para exemplificar como os direitos e garantias demoraram a se consolidar plenamente no processo penal norte-americano como um todo, basta compreender que somente em 1963, por ocasião do julgamento do caso *Gideon v. Wainright*, 372 US, 335, a Suprema Corte americana decidiu que os Estados-membros deveriam ser obrigados a fornecer advogado ao acusado de crimes comuns (*felonies*) e não apenas para os delitos com pena de morte (*capital crimes*)<sup>1319</sup>!

Agora, talvez o mais sintomático registro legal da confusão em torno da dicotomia sistêmica com pretensões de pureza, podendo-se chegar a afirmar que não há, de fato, um pretense “sistema acusatório” nem mesmo nos Estados Unidos, é a possibilidade de se identificar a iniciativa instrutória do Juiz nas *Federal Rules of Evidence* (Regras Federais sobre Provas), vigentes desde 1975, conforme se vê do artigo 614:

*Regra 614. Convocação ou Exame de Testemunha pelo Juízo.*

- (a) CONVOCANDO. O Juízo pode convocar uma testemunha de ofício ou em razão de um pedido da parte. Cada parte pode examinar em cruz a testemunha.
- (b) EXAMINANDO. O Juízo pode examinar uma testemunha não importa quem a tenha convocado.
- (c) OBJEÇÕES. Uma parte pode opor-se à convocação ou ao exame de uma testemunha pelo Juízo no mesmo momento ou na próxima oportunidade quando o júri não esteja presente.<sup>1320</sup>

---

*analysis could proceed clause by clause and right by right, fully incorporating every provision of the Bill deemed fundamental without deciding in advance whether each and every right would necessarily pass the test.*

<sup>1319</sup> Conforme RAMOS, João Gualberto Garcez. Ob. cit., p. 169. No mesmo sentido DAMMER, Harry R.; ALBANESE, Jay S. **Comparative Criminal Justice Systems**. 4ª ed., Belmont, CA, EUA: Wadsworth Cengage Learning, 2011, p. 124, que indicam a consolidação deste entendimento com o julgamento dos casos de *Escobedo v. Illinois* (1964) e *Miranda v. Arizona* (1966).

<sup>1320</sup> UNITED STATES OF AMERICA. **Federal Rules of Evidence**. Washington, DC: Government Printing Office, 2013. Disponível em [http://judiciary.house.gov/\\_cache/files/5334e54f-12cc-44b1-a0bc-697e8e29bd15/evidence2013.pdf](http://judiciary.house.gov/_cache/files/5334e54f-12cc-44b1-a0bc-697e8e29bd15/evidence2013.pdf), acesso em 06 de setembro de 2014. Tradução nossa. No original, em inglês: Rule 614. Court's Calling or Examining a Witness. (a) CALLING. The Court may call a witness on

Aliás, a respeito do processo penal empregado nos Estados Unidos, é oportuno destacar que este hoje se insere numa nova realidade que tem como destacado marco inaugural<sup>1321</sup> os atentados terroristas às torres gêmeas do *World Trade Center*, em Nova York, e ao Pentágono, em Washington, ocorridos em 11 de setembro de 2001, em que uma nova e forte tendência processual penal se estruturou nos moldes do que, à luz da dicotomia, pode ser denominada de “inquisitória”.

Deveras, a notícia que se extrai da nova realidade processual penal norte americana é que o Parlamento daquele país, a pedido do então Presidente George W. Bush, em 24 de outubro de 2001, aprovou duas leis (a primeira delas denominada, sintomaticamente, de *Patriot Act*<sup>1322</sup> – Ato Patriota – e a segunda de *Homeland Security Act*<sup>1323</sup> – Lei de Segurança da Terra Natal), as quais autorizam a Polícia a efetivar prisões “para averiguação” de meros suspeitos em participar de atividades criminosas, sem que advogados possam entrar em contato com seus clientes presos, em determinado prazo, acabando, na prática, com a possibilidade de utilização do *habeas*

---

*its own or at a party's request. Each party is entitled to cross-examine the witness. (b) EXAMINING. The Court may examine a witness regardless of who calls the witness. (c) OBJECTIONS. A party may object to the court's calling or examining a witness either at that time or at the next opportunity when the jury is not presente.*

<sup>1321</sup> Zaffaroni considera que a política equivocada norte-americana teria, pelo menos, três décadas de existência, fruto das administrações republicanas e da utilização da propaganda como justificativa para “sobredimensionar o aparelho repressivo”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Los desafios del poder judicial**, in Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo, Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt, coordenação de Andrei Zenkner Schmidt, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 49.

<sup>1322</sup> UNITED STATES OF AMERICA. **Federal Law 107-56 (Uniting and Strengthening América by Providing Appropriated Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act)**. Disponível em <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ56/html/PLAW-107publ56.htm>, acesso em 27 de maio de 2014. Esta lei foi sendo reautorizada ano após ano, até o dia 31 de maio de 2015, quando o Congresso Americano decidiu por não renová-la mais, principalmente em decorrência do quanto foi divulgado pelo ex-administrador de sistemas da CIA e ex-funcionário da NSA – *National Security Agency*, Edward Snowden, a respeito do acesso indiscriminado pela NSA a dados sigilosos de cidadãos americanos e mesmo de Presidentes de outros países, no escândalo global que foi divulgado através da página na internet da organização não governamental conhecida por Wikileaks, que se presta a divulgar dados sigilosos de governos ou empresas que estejam relacionados a questões de relevância global. A respeito da não renovação do *Patriot Act* e da incerteza gerada nos Estados Unidos a respeito da prevenção e repressão ao terrorismo vide, por exemplo: DIAMOND, Jeremy. **Patriot Act provisions have expired: What happens now?** In: CNN, 01 de junho de 2015, disponível em <http://edition.cnn.com/2015/05/30/politics/what-happens-if-the-patriot-act-provisions-expire/>, acesso em 02 de junho de 2015.

<sup>1323</sup> UNITED STATES OF AMERICA. **Homeland Security Act of 2002**. Disponível em <http://www.dhs.gov/homeland-security-act-2002>, acesso em 27 de maio de 2014.



*corpus*<sup>1324</sup>. As mesmas leis também autorizam a polícia a adotar outras medidas restritivas de direitos, a exemplo de escutas telefônicas e quebras de sigilo bancário, mesmo sem autorização judicial.

Pouco menos de um mês depois das referidas leis estarem vigentes, ou seja, no dia 13 de novembro de 2001, o mesmo presidente norte-americano editou decreto intitulado *Military Order*<sup>1325</sup> criando os “tribunais militares extraordinários”, que operam como tribunais de exceção, ignorando o princípio do juiz natural, sempre no intuito de “punir os inimigos” dos Estados Unidos. Destes “tribunais extraordinários”, destaca-se aquele instalado na base militar norte-americana em Guantánamo, na ilha de Cuba, onde, segundo noticiam os meios de comunicação, algo em torno de 340 pessoas estão presas e são acusadas de ligações com o terrorismo, lá permanecendo indefinidamente e sem direito a defesa, o que, por si só, revela o discurso totalitário que perigosamente volta à carga.

Como se não bastasse, em 03 de agosto de 2007 o Parlamento norte-americano aprovou nova lei intitulada *Protect America Act*<sup>1326</sup>, que mais uma vez caminha na contramão da construção de garantias do cidadão. Trata-se de uma lei temporária e, como o nome indica, serve para “proteger a América”, autorizando os centros de inteligência norte-americanos a buscar provas no exterior, inclusive legitimando, no plano processual penal, provas coletadas sem autorização de um juiz americano, particularmente no que concerne à vigilância eletrônica de pessoas no mundo todo.

Para espanto do resto do mundo, agregam-se treinamentos e orientações que pregam até mesmo o resgate da tortura como método velado de obtenção da confissão<sup>1327</sup>.

---

<sup>1324</sup> É importante considerar que a Suprema Corte Norte Americana, por 6 votos contra 3, acabou mitigando a negativa de Cortes Estaduais do mesmo país, quanto à utilização (o que não implica, necessariamente, sua concessão) da ação de *habeas corpus* por estrangeiros, conforme refere MUÑOZ CONDE, Francisco. **De Nuevo sobre el “Derecho Penal del Enemigo”**, in Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo, Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt, coordenação de Andrei Zenkner Shmidt, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 71.

<sup>1325</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Military Order of November 13, 2001*. Disponível em <http://fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm>, acesso em 27 de maio de 2015.

<sup>1326</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Protect America Act of 2007. S 1927*. Disponível em <https://www.govtrack.us/congress/bills/110/s1927/text>, acesso em 27 de maio de 2015.

<sup>1327</sup> Sobre o tema vide, dentre outros: SIEMS, Larry. **The Torture Report: What the Documents Say About America's Post-9/11 Torture Program**. New York: OR Books, 2011.

Inclusive a Inglaterra dá mostras de querer seguir o modelo de processo penal diferenciado contra os inimigos terroristas. É o que revela a lei intitulada *Anti-Terrorism, Crime and Security Bill*<sup>1328</sup>, editada no mesmo ano de 2001, após o atentado às Torres Gêmeas norte-americanas e ampliada no seu alcance em 2005, através do *Prevention of Terrorism Act*<sup>1329</sup>. As duas leis tiveram como nítida inspiração o já referido *Patriot Act* norte-americano, considerando que também prevêem a possibilidade de detenção para averiguação de suspeitos (ingleses ou não) que representem perigo para a segurança nacional, além de inúmeras outras medidas restritivas de direitos individuais do cidadão.

Enfim, não é preciso muito esforço de raciocínio para concluir que estas posturas representam significativo e perigoso retrocesso na democracia e na ideia de um pretense processo penal cunhado de “acusatório”. Nem mesmo a prevenção ao terrorismo – ou ao demônio, como se fazia no discurso do século XVIII – deve exigir tanto, nos moldes já alertados por Beccaria<sup>1330</sup>.

Vale dizer, o modelo hoje consagrado na Inglaterra e nos Estados Unidos, de *cross examination*, com afastamento do juiz da gestão probatória, de presunção de inocência, de ampla defesa e do ônus da prova a cargo da acusação, é relativamente recente e já vem sofrendo forte revés pelos atos legislativos acima pontuados. Nesse sentido, para além das já referidas análises detalhadas de Langbein e de Amar e, também do reporte de Charles Cottu, em sua famosa obra *De la administration de la justice criminelle en Angleterre*<sup>1331</sup>, destaca-se a percepção de Stephan Landsman:

*Ninguém se pôs a construir o sistema adversarial. Nem mesmo foi parte de um grande projeto do governo ou de um engenhoso filósofo do direito. Os juízes, os advogados e os litigantes do século XVIII da Inglaterra foram aos seus trabalhos inconscientes de que eram os instrumentos*

<sup>1328</sup> UNITED KINGDOM. *United Kingdom Parliament. Anti-Terrorism, Crime and Security Bill*. Disponível em [www..publications.parliament.uk](http://www.publications.parliament.uk), acesso em 15 de outubro de 2007.

<sup>1329</sup> UNITED KINGDOM. *Prevention of Terrorism Act 2005*. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/2/contents>, acesso em 15 de outubro de 2007.

<sup>1330</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dei delitti e delle pene*. A cura di Franco Venturi, Torino, Italia: Giulio Einaudi editore, 1973.

<sup>1331</sup> COTTU, Charles. *De la administration de la justice criminelle en Angleterre et l'esprit du gouvernement anglais*. 2ª ed., Paris: Librairie de Charles Gosselin, 1822, obra digitalizada e encontrada na íntegra na internet. [www.archive.org](http://www.archive.org), acesso em 06.02.2013.

de um “propósito” histórico ou o que o produto de seus trabalhos seria um novo sistema de julgamento.<sup>1332</sup>

Portanto, o quadro histórico encontrado na Inglaterra a partir dos documentos do *Old Bailey Session Papers* e a dificuldade de efetivação da *Bill of Rights* identificada nos Estados Unidos, para além de traduzirem o equívoco das análises dos historiadores do século XIX, também permitem afirmar que as sínteses pretensamente sistemáticas dos doutrinadores europeus do mesmo século XIX são embasadas em premissas equivocadas. Ademais, a incerteza sistemática, como visto, é ampliada pelas reformas processuais recentes dos dois países.

Assim, diante de tudo quanto se ponderou a respeito da ausência de pretensos sistemas puros, dos equívocos que a doutrina processual penal e também os historiadores do século XIX legaram à compreensão do tema, resta saber se é conveniente se manter vinculado à essa dicotomia dos sistemas ainda hoje.

É disso que se passa a tratar no capítulo que segue.

---

<sup>1332</sup> LANDSMAN, Stephan. Ob. cit., p. 502. Tradução nossa. No original, em inglês: *No one set out to build the adversary system. It was neither part of a grand governmental design nor the scheme of an ingenious legal philosopher. The judges, lawyers, and litigants of eighteenth century England went about their business unaware that they were the instruments of any historical “purpose” or that the product of their labors be a new system of adjudication.*

### **Capítulo III – A necessidade de se firmar o sistema acusatório e suas funcionalidades no processo penal brasileiro.**

*...não basta argumentar com a modulação acusatória de determinada arquitetura processual para garantir abrigo contra o resquício inquisitorial que (arrisco: por definição) todo o processo penal comporta. A complexidade do fenômeno processual não se contenta com a bondade de umas quantas determinações fundacionais.*

(RUI CUNHA MARTINS)<sup>1333</sup>

De tudo quanto se expôs no Capítulo anterior fica evidenciado que os critérios adotados por significativa parcela da doutrina a respeito do que seriam os sistemas inquisitório e acusatório, são critérios copiados sem maiores reflexões, arbitrariamente selecionados e agregados em modelos “puros” ou “ideais”, dissociados de fontes primárias de pesquisa, os quais poderiam demonstrar que historicamente os discursos dicotômicos de hoje são insustentáveis, não merecendo, portanto, serem aproveitados.

Porém, como bem sentencia Jacinto Coutinho, nos dias de hoje “todos os sistemas processuais penais conhecidos mundo afora são mistos”<sup>1334</sup>. E, nessa perspectiva, Jacinto pondera a necessidade de se compreender os sistemas processuais penais na atualidade sob a ótica do princípio unificador (inquisitivo ou dispositivo no que concerne à iniciativa de produção probatória), ainda que eles guardem “agregados a si elementos provenientes” do outro sistema”, *verbis*:

*Ora, se todos os sistemas processuais penais da atualidade são mistos e, desde a noção de sistema não se pode ter um sistema misto, parece óbvio que se trata de um problema meramente conceitual; e não fático.*

*Desde uma visão mais adequada, os sistemas são mistos não por força da simples somatória dos elementos que os integram mas, fundamentalmente, porque em sendo sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema*

<sup>1333</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito: *The Brazilian Lessons***. Ob. cit., p. 32.

<sup>1334</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., p. 01.

*acusatório, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou em sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório, como vai suceder com o sistema processual penal norte-americano.*<sup>1335</sup>

A questão, então, é saber se é conveniente inserir no texto legal do futuro Código de Processo Penal que o processo penal brasileiro deva ser orientado por um “sistema acusatório”. E, mais do que isso, se é conveniente dizer, como consta atualmente do texto do art. 4º do Projeto de Lei nº 156/09, que essa “estrutura acusatória” levará em conta a “vedação da iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

À primeira vista esta pretensão parece orientada por um bom propósito interpretativo, pois a referência à “estrutura acusatória” visa reforçar a ideia de se premiar as garantias processuais constitucionais. No entanto, nos termos em que está posta a redação sugerida ao novel artigo 4º e sem um adequado esclarecimento do alcance que se pretenda com ela, poderá, paradoxalmente, conduzir a outras inúmeras dificuldades práticas e mesmo indicar indesejadas incongruências internas do corpo legislativo, chegando mesmo a colidir com o modelo constitucional de direitos e garantias do cidadão brasileiro.

Neste ponto, então, valem algumas considerações adicionais.

Em primeiro lugar para se dizer da importância de se prosseguir na manutenção do chamado “sistema acusatório” (ainda que se compreenda importante proceder a pequenos ajustes funcionais), partindo da premissa de que, ainda que as bases históricas doutrinárias do século XIX tenham sido mal construídas, já que não há como se sustentar a pretendida correspondência histórica segura da dicotomia e a pretensão de pureza jamais se verificou, é interessante se insistir na dicotomia como discurso político adequado ao modelo de Estado de Direito Democrático cujo resultado está estampado na Constituição.

---

<sup>1335</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., p. 08.

Seguindo essa ideia se pode, por exemplo, sustentar que o chamado “sistema acusatório” – na linha da doutrina mais moderna que o identifica pelo prisma orientador do princípio dispositivo orientado pela gestão das provas pelas partes<sup>1336</sup> – ainda rende bons frutos e, por visar alcançar no futuro próximo igualmente bons efeitos na pretensão de ajuste do processo penal brasileiro ao plano constitucional, merece ser mantido no novel Código de Processo Penal.

No entanto, arrisca-se dizer que para aproveitá-lo sem que ele se torne uma bandeira “maniqueísta”, ou um “*slogan* político” como refere Montero Aroca, produzindo “significados emotivos” no intérprete – para mais uma vez usar a expressão de Ennio Amodio<sup>1337</sup>, isto é, evitando inclusive que o discurso dos sistemas possa servir como *argumentum ad populum*, como refere Irving Copi<sup>1338</sup>, entende-se seja importante promover-lhe alguns poucos ajustes explicativos à luz de sua funcionalidade como instrumento político.

É certo que, como refere Jacinto Coutinho, “faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório”<sup>1339</sup>, e isso decorre da adoção ou do princípio inquisitivo ou do princípio dispositivo. No entanto, nesse plano, por exemplo, é importante bem delimitar o alcance do princípio dispositivo e o que se deve entender como gestão das provas pelas partes. Ao se referir ao princípio dispositivo se quer apenas afastar o juiz da possibilidade dele produzir provas de ofício ou se quer dizer algo mais do que isso, como, por exemplo, a possibilidade do Ministério Público dispor do conteúdo do processo? Se disponibilidade é importante para evitar que o juiz produza provas e enverede pela problemática psicológica que essa possibilidade representa, também é importante estabelecer mecanismos de controle exteno ou

<sup>1336</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., p. 09.

<sup>1337</sup> AMODIO, Ennio. **Processo Penale, Diritto Europeo e Common Law: dal rito inquisitório al giusto processo**. Ob. cit., p. 195.

<sup>1338</sup> COPI, Irving M. **Introdução à Lógica**. Ob. cit., pp. 79 e ss., *verbis*: O ‘*argumentum ad populum*’ define-se, algumas vezes, como sendo as falácias que se cometem ao dirigir um apelo emocional “ao povo” ou “à galeria” para conquistar a sua anuência a uma conclusão que não é sustentada por boas provas.

<sup>1339</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., p. 09.

interno dessa atividade, notadamente em relação ao Ministério Público que, assim como o juiz, exerce parcela da soberania do Estado. Como se viu na questão da disponibilidade do processo no modelo norte-americano, essa possibilidade não representa, por si só, uma garantia já que pode ser manipulada por quem detém o poder. Há, portanto, que se pensar noutras questões correlatas à importância de se definir com quem ficará a gestão da prova, a exemplo da necessidade de, no ponto relacionado à obrigatoriedade da ação ou à disponibilidade do processo, por exemplo, ser imprescindível regulamentar mecanismos de controle externo e interno. Toda parcela de poder merece ser controlada, inclusive aquela que decide se alguém será – ou não – processado criminalmente. A questão a saber, neste ponto exemplificativo, é com quem ficará esse controle: com o juiz; ou com a vítima; ou com o próprio Ministério Público em mecânica de controle interno como hoje já ocorre com o inquérito civil público.

Ademais, e na outra ponta, como já destacado no Capítulo anterior, compreender a complexidade do processo vai além da questão da gestão da prova e de sua disponibilidade pelas partes, pois mesmo na gestão da prova pelas partes é possível dizer que em nada viola o sistema acusatório se ele for acrescido da possibilidade do juiz intervir complementarmente na ouvida das testemunhas.

Seja como for, não se pode olvidar que a questão da definição dos limites comunicativos do sistema acusatório é um pouco mais complexa do que apenas dizer que as partes serão as gestoras da prova e poderão dela dispor como desejarem, já que a dicotomia aposta em características complementares que costumam ser apresentadas paralelamente e de forma antagônica, como visto no quadro comparativo de Barreiros acima reproduzido. Assim, insistir nela, nesses moldes, permite formular outra série de questionamentos em relação a diversos dispositivos processuais penais que não se encaixam no parâmetro de “pureza” ou de “tipo ideal” do sistema acusatório, mas que são relevantes para o processo penal democrático.

Não bastasse, como não há consenso entre o que se compreenda como sistema acusatório, para além de compreender os princípios inquisitivo *versus* dispositivo, cada um poderia dar o seu entendimento a respeito do que ele represente e de seu alcance comunicativo.

Além disso, a insistência na dicotomia sistêmica, sem melhor especificação do que ela representa, permite criar barreiras de compreensão para além dela, pois limita as possibilidades comunicativas aos seus princípios unificadores, como já visto acima, não permitindo que os ajustes constitucionais se deem em sua dupla vertente de proibição de excesso e de proibição de proteção insuficiente, como se exporá mais adiante.

Neste aspecto, é possível compreender que também a gestão das provas pelas partes tem uma dupla razão de ser na orientação de um processo penal democrático: proibir excessos por parte do Estado-juiz ampliando as garantias do cidadão acusado e, ao mesmo tempo, permitir que a proteção de bens pelo Estado-Ministério Público se efetive.

Então, o que é importante levar em conta na elaboração do novo processo penal brasileiro é o cuidado que se deve ter para não se cair na armadilha de acreditar que tudo se resolve com a referência ao “sistema acusatório”. Para se ter noção do risco basta ver a forma pela qual alguns autores trabalham com essa dicotomia, ou seja, com a difusão da dicotomia à luz de um discurso por vezes emotivo e, até certo ponto, maniqueísta considerando tudo que lhes interessa manter – por quaisquer razões, algumas democráticas, outras inconfessáveis talvez – no processo penal como sendo chamado de “acusatório”, algo como símbolo de representação do “bem” e que, portanto, é merecedor de ser seguido cegamente e tudo que não lhes interessa no processo penal – por razões de mesma monta – como “inquisitório”, simbolizando o “mal” e, assim, merecendo ser execrado. A esse respeito convém citar o quanto percebeu, na mesma linha, Máximo Langer, ao comentar como é fácil “manipular” o discurso acusatório *versus* inquisitório quando se entende apropriada ou não apropriada uma nova regra de processo penal, vinculando-a a um e a outro sistema de acordo com sua conveniência, como sucedeu na recepção do “procedimento abreviado” no processo penal argentino, *verbis*:

*Ao analisar as reações negativas de nossa doutrina e parte de nossa jurisprudência em relação ao procedimento abreviado, nos encontramos, a primeira vista, com o seguinte paradoxo. Todos os que rejeçaram esse mecanismo importado do direito anglo-saxão –*



*processo tradicionalmente considerado acusatório ou mais próximo ao acusatório – qualificaram ao procedimento ou “juízo” abreviado como inquisitório.*

*Por outro lado, complicando ainda mais a situação, vários defensores do procedimento abreviado o consideram como uma realização do acusatório, porém não por ter sua origem num determinado sistema processual, mas por razões conceituais.*<sup>1340</sup>

E prossegue Máximo Langer referindo-se à disparidade de trato na doutrina a respeito do que se entenda por um e por outro sistema:

*Neste trabalho, procurarei explicar, em primeiro lugar, as razões deste aparente paradoxo. Para tanto, mostrarei que, na realidade, tanto os autores e a jurisprudência nacionais e estrangeiros utilizam a dicotomia acusatório-inquisitório com, pelo menos, seis sentidos ou níveis teóricos conceituais distintos os quais, geralmente, não são adequadamente diferenciados.*<sup>1341</sup>

Essa múltipla visão provoca, justamente pela ausência de equilíbrio comunicacional na defesa do chamado “sistema acusatório”, o paradoxal efeito de se fomentar a difusão de um outro equivocado discurso, em grande parte patrocinado pela mídia mas também assimilado, em parte, pelos Poderes Legislativo e Judiciário, que tem indiretamente “combatido” essa compreensão do “sistema acusatório” a partir de outros extremos na linha da “lei e ordem”, do “direito penal do inimigo” e suas variantes<sup>1342</sup>, fomentando até mesmo uma jurisprudência de exceção em determinados

<sup>1340</sup> LANGER, Máximo. *La Dicotomía Acusatorio-Inquisitivo y la Importación de Mecanismos Procesales de la Tradición Jurídica Anglosajona. Algunas Reflexiones a Partir del Procedimiento Abreviado*. In: **El Procedimiento Abreviado**. MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps), 1ª edición e 1ª reimpresión. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2005, pp. 97-133, p. 101. Tradução nossa. No original, em espanhol: *Sin embargo, al analizar las reacciones negativas de nuestra doctrina y parte de nuestra jurisprudencia hacia el procedimiento abreviado, nos encontramos, a primera vista, con la siguiente paradoja. Todos los que han rechazado este mecanismo importado del derecho anglosajón – proceso tradicionalmente considerado acusatorio o más cercano del acusatorio – han calificado al procedimiento o “juicio” abreviado como inquisitivo. Por otro lado, complicando aún más la situación, varios defensores del procedimiento abreviado lo han considerado como una realización del acusatorio, pero no por tener su origen en un determinado sistema procesal, sino por razones conceptuales.*

<sup>1341</sup> LANGER, Máximo. *La Dicotomía Acusatorio-Inquisitivo y la Importación de Mecanismos Procesales de la Tradición Jurídica Anglosajona. Algunas Reflexiones a Partir del Procedimiento Abreviado*. In: **El Procedimiento Abreviado**. MAIER, Ob. cit., p. 102. Tradução nossa. No original, em espanhol: *En este trabajo, intentaré explicar, en primer lugar, las razones de esta aparente paradoja. Para ello mostraré que, en realidad, tanto los autores y jurisprudencia nacionales y extranjeros utilizan la dicotomía acusatorio-inquisitivo en, al menos, seis sentidos o niveles teórico-conceptuales distintos que, generalmente, no son adecuadamente distinguidos.*

<sup>1342</sup> A esse respeito, vide, por exemplo: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro? In: **Boletim IBCCRIM –**

setores, a partir daquilo que Fauzi Choukr já definiu como “processo penal de emergência”<sup>1343</sup>, a exemplo do que já ocorreu na Itália e, em certa medida, começa a se desenhar no Brasil. Aliás, as experiências estrangeiras que já seguiram essa trilha – notadamente a italiana – são relevantes termômetros neste tema e servem de modelo comparativo para aferir essa problemática. Assim, antes de ingressar na pretensão de sugerir uma melhor definição funcional ao sistema acusatório, ingressa-se na análise das complicações e dos discursos não democráticos que a ausência de precisão neste sentido possa representar, à luz do quanto já ocorreu na Itália, como se passa a expor.

### **Seção I – Dificuldades práticas da adoção legal expressa de um “sistema acusatório” mal delimitado no processo penal: o exemplo italiano.**

*A configuração do poder instrutório conferido ao juiz pelo art. 507 como exceção, e, portanto, a ser excluído em caso de decadência ou inatividade das partes, desce, na lógica pressuposta dos juízos remetentes, à suposição de imanência do novo código, como consequência da escolha acusatória, de um princípio dispositivo em matéria de prova. Trata-se, porém, de um assunto que não encontra respaldo nem nos princípios da Lei Delegada, nem no tecido normativo concretamente desenhado no código.*

(CORTE COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA,  
Sentença 111/1993)

Para exemplificar o problema conceitual e prático da referência a um “sistema” processual penal acusatório serve de parâmetro a dificuldade exegética que a Itália já enfrentou. Ao tratar do tema Giulio Illuminati percebeu o problema paradigmático da referência legislativa expressa ao “sistema acusatório”, dizendo que “o conteúdo preceptivo da disposição citada, tal como vem formulada, resulta inevitavelmente impreciso, devido ao fato de que se utiliza uma definição (sistema acusatório) que não

possui um significado unívoco e universalmente aceito”<sup>1344</sup>. E prossegue esclarecendo o quadro de dificuldades e subjetividades que podem nortear o modelo: “o verdadeiro problema, de fato, radica em individualizar os caracteres distintivos que identificam o modelo processual acusatório, caracteres sobre os quais nem sempre existe uma unanimidade entre os juristas, dependendo de quais sejam suas opções ideológicas em relação à hierarquia de valores implicada na justiça penal”<sup>1345</sup>.

Com efeito, no que diz respeito à realidade italiana basta verificar que a lei de delegação do *Codice di Procedura Penale italiano* de 1988 (*Delega legislativa al Governo della Repubblica per l’emanazione del nuovo código di procedura penale – Legge 16 febbraio 1987, nº 81*)<sup>1346</sup>, que também estabelece expressamente a referência ao “sistema acusatório”, “tentou” explicar o significado desse “sistema” em “apenas” 105 (cento e cinco) “princípios e critérios” de orientação hermenêutica!

Nesse cabedal de “princípios e critérios”, é curioso observar que vários deles poderiam facilmente ser indicados como “inquisitórios”, nos pretensos modelos ideais de doutrina. O Ministério Público italiano, por exemplo, à luz da referida lei de delegação, tem poder exacerbado de determinar prisões, decretar quebras de sigilo bancário e fiscal, proceder a interceptações telefônicas e estabelecer sigilo nas investigações, sem necessitar recorrer ao juiz.

<sup>1344</sup> ILLUMINATI, Giulio. ***El Sistema Acusatorio en Italia***. Ob. cit., p. 136. Tradução nossa. No original, em espanhol: *el contenido preceptivo de la disposición citada, tal y como viene formulada, resulta inevitablemente impreciso, debido a que se utiliza una definición (sistema acusatorio) que no posee un significado unívoco y universalmente aceptado*.

<sup>1345</sup> ILLUMINATI, Giulio. ***El Sistema Acusatorio en Italia***. Ob. cit., p. 136. Tradução nossa. No original, em espanhol: *El verdadero problema, de hecho, radica en individualizar los caracteres distintivos que identifican el modelo procesal acusatorio, caracteres sobre los cuales no siempre existe unanimidad entre los juristas, dependiendo de cuáles sean sus opciones ideológicas en relación con la jerarquía de valores implicada en la justicia penal*.

<sup>1346</sup> ITALIA. ***Camera dei deputati. Delega legislativa al Governo della Repubblica per l’emanazione del nuovo código di procedura penale – Legge 16 febbraio 1987, nº 81***, texto disponível em: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1987-02-16;81#nav>, acesso em 14/03/2013. O art. 2º da referida lei, no “caput”, anuncia a adoção do sistema acusatório: *Il codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall’Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. Esso inoltre deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio, secondo i principi ed i critério che seguono: (...)*. Tradução nossa: *O código de processo penal deve implementar os princípios da Constituição e adequar-se às normas das convenções internacionais ratificadas pela Itália e relativas aos direitos da pessoa a ao processo penal. Ele deve implementar no processo penal as características do sistema acusatório, segundo os princípios e critérios que se seguem: (...)*

Mas o que mais chama atenção no modelo italiano é que no cerne da discussão do princípio unificador do “sistema acusatório” (a disponibilidade, a gestão da prova pelas partes e a inércia judicial, para a doutrina moderna), a referida *Delega legislativa* italiana manteve a possibilidade de intervenções e determinações probatórias de ofício por parte do julgador, o que, para essa mesma doutrina, é uma característica sintomática do sistema inquisitório<sup>1347</sup>. Aliás, seguindo a orientação da *Delega legislativa*, o novo *Codice di Procedura Penale Italiano* que entrou em vigor em 24 de outubro de 1989, estabeleceu em seu art. 507, a possibilidade do juiz agir de ofício na complementação da prova produzida pelas partes:

Art. 507.

*Admissão de novas provas.*

1. *Terminada a aquisição das provas, o juiz, se entende absolutamente necessário, pode ordenar, mesmo de ofício, a obtenção de novos meios de prova.*

1-bis. *O juiz pode ordenar, nos termos do parágrafo 1, também a obtenção de meios de prova relativos aos atos acrescidos aos autos nos debates, de acordo com os artigos 431, §2º, e 493, §3º.*<sup>1348</sup>

<sup>1347</sup> **ITALIA. Camera dei deputati. Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo código di procedura penale – Legge 16 febbraio 1987, nº 81.** Ob. cit.: 73) esame diretto dell'imputato, dei testimoni e dei periti da parte del pubblico ministero e dei difensori, con garanzie idonee ad assicurare la lealtà dell'esame, la genuinità delle risposte, la pertinenza al giudizio e il rispetto della persona, sotto la direzione e la vigilanza del presidente del collegio o del pretore, che decidono immediatamente sulle eccezioni; previsione che l'esame dei testimoni minorenni possa essere effettuato in ogni momento dal giudice, tenute presenti le esigenze di tutela della personalità; potere del presidente, anche su richiesta di altro componente il collegio, o del pretore di indicare alle parti temi nuovi od incompleti utili alla ricerca della verità e di rivolgere domande dirette all'imputato, ai testimoni ed ai periti, salvo in ogni caso il diritto delle parti di concludere l'esame; potere del giudice di disporre l'assunzione di mezzi di prova; Tradução nossa: 73) exame direto do imputado, das testemunhas e dos peritos pelo Ministério Público e pelos defensores, com garantias idôneas a assegurar a lealdade do exame, a genuinidade das respostas, a pertinência ao juízo e o respeito à pessoa, sob a direção e a vigilância do presidente do colégio ou do pretor, que decidem imediatamente sobre as exceções; previsão que o exame das testemunhas menores de idade possa ser feito sempre pelo juiz, tendo presentes as exigências de tutela da personalidade; poder do presidente, também mediante requerimento de outro componente do colégio, ou do pretor de indicar às partes temas novos ou incompletos, úteis à busca da verdade, e de formular perguntas diretamente ao imputado, às testemunhas e aos peritos, salvo, em todo caso, o direito das partes de concluir o exame; poder do juiz de ordenar a obtenção de meios de prova.

<sup>1348</sup> **ITALIA. Codice di Procedura Penale e Leggi Usuali.** Milano: Ulrico Hoepli Editore, 2010, p. 156. Tradução nossa. No original, em italiano: Art. 507. Ammissione di nuove prove. 1. Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove. 1-bis. Il giudice può disporre a norma del comma 1 anche l'assunzione di mezzi di prova relativi agli atti acquisiti al fascicolo per il dibattimento a norma degli articoli 431, comma 2, e 493, comma 3.

Neste ponto, Paolo Tonini, sem descurar que “a manobra realizada pelo legislador foi complexa e levou cerca de uma década”, considera que o Código de Processo Penal italiano “não adotou o princípio dispositivo “forte”, segundo o qual são admitidos somente os meios de prova requeridos pelas partes”<sup>1349</sup>. Seja como for, a constitucionalidade desta regra já foi afirmada pela *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, na *Sentenza 111/1993* apreciando, em conjunto, dez recursos de decisões proferidas por diferentes Tribunais regionais italianos, de cujas decisões se extraem as seguintes passagens ilustrativas da dificuldade enfrentada, naquele país, a respeito dos limites da indicação do “sistema acusatório”:

*Quanto, então, à técnica do processo, é bem verdade que a exigência de acentuar a tercialidade do juiz – por isso programaticamente ignorante dos desenvolvimentos precedentes do caso procedimental – levou a introduzir, como máxima, um critério de separação funcional das fases processuais, ao intento de privilegiar o método oral de colheita das provas, concebido como instrumento para favorecer a dialética do contraditório e a formação no juiz de um convencimento livre de influências pretéritas. Mas tal opção metodológica não fez, nem poderia fazer, ignorar o fato de que “o fim primário e ineludível do processo penal não pode ser outro que não seja a busca da verdade” (sentença n. 255, de 1992), e que a um ordenamento marcado pelo princípio da legalidade (art. 25, §2º, da Constituição) – que torna necessária a punição das condutas penalmente sancionadas – bem como ao conexo princípio da obrigatoriedade da ação penal (cf. sentença n. 88 de 1991 cit.), não estão de acordo as normas de metodologia processual que obstaculizam de modo irracional o processo de acerto do fato histórico necessário para advir uma justa decisão (cf. a sentença n. 255, de 1992).*

(...)

*A configuração do poder instrutório conferido ao juiz pelo art. 507 como exceção, e, portanto, a ser excluído em caso de decadência ou inatividade das partes, desce, na lógica pressuposta dos juízos remetentes, à suposição de imanência do novo código, como consequência da escolha acusatória, de um princípio dispositivo em matéria de prova. Trata-se, porém, de um assunto que não encontra respaldo nem nos princípios da Lei Delegada, nem no tecido normativo concretamente desenhado no código.*

---

<sup>1349</sup> TONINI, Paolo. Direito de Defesa e Prova Científica: novas tendências do processo penal italiano. In: **Doutrinas Essenciais. Processo Penal. Volume III. Processo em Geral II**. NUCCI, Guilherme de Souza e ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (Organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp.1153-1169, p. 1161.

*É, em verdade, incontroverso que seria contrário aos princípios constitucionais de legalidade e de obrigatoriedade da ação conceber como disponível a tutela jurisdicional assegurada pelo processo penal. Isso, de fato, significaria, por um lado, cortar o liame estrutural e funcional entre o instrumento processual e o interesse público substancial de repressão dos fatos criminosos que aqueles princípios pretendem garantir; por outro lado, contradizer a exigência, a esses correlata, que a responsabilidade penal seja reconhecida somente para os fatos realmente cometidos, bem como o caráter indisponível da liberdade pessoal.*

*Sob este perfil, é significativo que o novo código não conheça procedimento no qual a concordância de pedidos das partes vincule o juiz sobre o mérito da decisão; prova disto é que a um resultado semelhante não conduz nem mesmo o instituto da aplicação da pena sob requerimento (cf. sentença n. 313, de 1990).*

*Mas um princípio dispositivo se não pode dizer existente nem mesmo sob o plano probatório, porque isso significaria tornar disponível, indiretamente, a própria res judicanda.*<sup>1350</sup>

É claro que a decisão da Corte recebeu críticas da doutrina italiana<sup>1351</sup>. Porém, o que se pode extrair dela é que vincular toda a exegese do Código a um “sistema” em

---

<sup>1350</sup> **ITÁLIA. Corte Costituzionale della Repubblica Italiana. Sentenza 111/1993.** Disponível em [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), acesso em 22/05/2012. Tradução nossa. No original, em italiano: *Quanto, poi, alla tecnica del processo, è ben vero che l'esigenza di accentuare la terzietà del giudice - perciò programmaticamente ignaro dei precedenti sviluppi della vicenda procedimentale - ha condotto ad introdurre, di massima, un criterio di separazione funzionale delle fasi processuali, allo scopo di privilegiare il metodo orale di raccolta delle prove, concepito come strumento per favorire la dialettica del contraddittorio e la formazione nel giudice di un convincimento libero da influenze pregresse. Ma tale opzione metodologica non ha fatto, né poteva far trascurare che "fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità" (sentenza n. 255 del 1992), e che ad un ordinamento improntato al principio di legalità (art. 25, secondo comma, della Costituzione) - che rende doverosa la punizione delle condotte penalmente sanzionate - nonché al connesso principio di obbligatorietà dell'azione penale (cfr. sentenza n. 88 del 1991 cit.) non sono consone norme di metodologia processuale che ostacolino in modo irragionevole il processo di accertamento del fatto storico necessario per pervenire ad una giusta decisione (cfr. la sentenza n. 255 del 1992). (...) La configurazione del potere istruttorio conferito al giudice dall'art. 507 come eccezionale, e quindi da escludere in caso di decadenza o inattività delle parti, discende, nella logica presupposta dai giudici rimettenti, dall'assunzione dell'immanenza nel nuovo codice, come conseguenza della scelta accusatoria, di un principio dispositivo in materia di prova. Si tratta, però, di un assunto che non trova riscontro né nei principi della delega né nel tessuto normativo concretamente disegnato nel codice. È, per la verità, incontroverso che sarebbe contrario ai principi costituzionali di legalità e di obbligatorietà dell'azione concepire come disponibile la tutela giurisdizionale assicurata dal processo penale. Ciò, invero, significherebbe, da un lato, recidere il legame strutturale e funzionale tra lo strumento processuale e l'interesse sostanziale pubblico alla repressione dei fatti criminosi che quei principi intendono garantire; dall'altro, contraddire all'esigenza, ad essi correlata, che la responsabilità penale sia riconosciuta solo per i fatti realmente commessi, nonché al carattere indisponibile della libertà personale. Sotto questo profilo, è significativo che il nuovo codice non conosca procedure in cui la concorde richiesta delle parti vincoli il giudice sul merito della decisione; prova ne sia che ad un simile esito non conduce neanche l'istituto dell'applicazione di pena su richiesta (cfr. sentenza n. 313 del 1990). Ma un principio dispositivo non può dirsi esistente neanche sul piano probatorio, perché ciò significherebbe rendere disponibile, indirettamente, la stessa res iudicanda.*

relação ao qual não há consenso quanto aos critérios de sua identificação, acaba gerando confusão interpretativa e por isso a definição dos limites e da forma de exercício de poder devem ser bem precisas.

Willian T. Pizzi e Mariangela Montagna<sup>1352</sup> escreveram importante artigo a respeito da dificuldade prática que a adoção do novo modelo de processo penal vem provocando na Itália, apresentando, tanto o problema de “enquadramento” neste ou naquele “sistema”, quanto os dados relacionados às críticas de parte da doutrina italiana às decisões da Corte constitucional daquele país no ano de 1992. No mesmo sentido é o relato histórico apresentado por Renzo Orlandi, quando afirma que “quem acreditava que o novo código, graças à sua coerência sistemática, contribuiria para estabilizar as normas reguladoras do processo penal foi desmentido. Na realidade, depois da reforma, cresceu a instabilidade normativa e também se acentuou a incerteza a respeito dos cenários futuros”<sup>1353</sup>.

Não é demais lembrar que neste mesmo ano de 1992 a Itália vivia o auge do confronto com a Máfia, com a criminalidade organizada sendo enfrentada com enorme dificuldade pelo Estado, na famosa e controversa operação *mani pulite*, da qual, inclusive, resultou a morte dos principais responsáveis pelas investigações (como se sabe, em 20 de maio e 18 de julho de 1992, respectivamente, os promotores<sup>1354</sup> italianos Giovanni Falcone e Paolo Borsellino foram mortos pela Máfia<sup>1355</sup>). Esse

---

<sup>1351</sup> Como refere, por exemplo: BOTERO CARDONA, Martín Eduardo. ***El Sistema Procesal Penal Acusatorio. El Justo Proceso. Estructura y Funcionamiento. Prospectiva de Italia para América Latina***. Lima: Ara Editores, 2009, pp. 189 e ss.

<sup>1352</sup> PIZZI, Willian T. e MONTAGNA, Mariangela. ***The Battle to Establish an Adversarial Trial System in Italy***. In Michigan Journal of International Law, vol. 25, 2004, pp. 429-466, texto integral extraído da internet do site [www.lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/PizziMJIL.pdf](http://www.lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/PizziMJIL.pdf), acesso em 13.02.2011. No mesmo sentido, dentre outros, vide KOSTORIS, Roberto E. *Modello Accusatorio, Cultura Inquisitoria, Scenari Europei, Tra Presente e Futuro del Processo Penale*. In: ***Diritti Individuali e Processo Penale nell'Italia Repubblicana. Per la storia del pensiero giuridico moderno***, nº 93, Milano: Giuffrè Editore, 2011, pp. 323-329.

<sup>1353</sup> ORLANDI, Renzo. *Diritti Individuali e Processo Penale nell'Italia Repubblicana*. In: ***Diritti Individuali e Processo Penale nell'Italia Repubblicana: materiali dall'incontro di studio, Ferrara, 12-13 novembre 2010. Per la storia del pensiero giuridico moderno***, nº 93, Milano: Giuffrè, 2011, pp. 51-83, p. 73. Tradução nossa. No original, em italiano: *chi credeva che il nuovo código, grazie alla sua coerenza sistemática, avrebbe contribuito a stabilizzare l'enorme regolatrici del processo penale è stato smentito. In realtà, dopo la reforma, cresce l'instabilità normativa e si accentua altresì l'incertezza sugli scenari futuri*.

<sup>1354</sup> Como se sabe, na Itália, o Ministério Público integra a Magistratura.

<sup>1355</sup> Sobre este período da história italiana, vide, dentre outros: ARLACCHI, Pino. ***Adeus à Máfia. As confissões de Tomamaso Buscetta***. Tradução de Roberto Cattani e Lucia Wataghin, São Paulo: Atica,

contexto ensejou cuidados na interpretação do novo Código pela *Corte Suprema di Cassazione* que naquele mesmo ano de 1992 decidiu três casos específicos que se revelaram marcantes na futura exegese do tema<sup>1356</sup>. Um dos julgados ocorreu no processo nº 24/1992 e mitigou o rigorismo de “não contaminação dos dados coletados na investigação”, ao permitir que os juízes valorassem os depoimentos de policiais, participantes da coleta de dados naquela fase, os quais haviam sido ouvidos como testemunhas a esse respeito, em juízo. Outro caso ocorreu com a decisão proferida no processo nº 254/1992, que acabou permitindo utilizar o depoimento de um corréu feito no curso do inquérito policial, quando este, em juízo, se valeu do direito ao silêncio. Ainda no mesmo ano, outra decisão da Corte italiana (autos nº 255/1992) permitiu questionar-se a credibilidade da testemunha que, ao ser ouvida na fase da investigação, deu uma versão e, depois, em juízo, teve seu depoimento mudado<sup>1357</sup>.

Como já referido, boa parte da doutrina italiana acertadamente criticou a *Corte Suprema di Cassazione*, sustentando que nas decisões acima referidas ela havia ferido o “sistema acusatório”. Mas a questão vai um pouco além, já que a simples referência a um “sistema acusatório” na *Delega Legislativa* e no respectivo *Codice di Procedura Penale* de 1989, como visto, não bastou para segurar, semanticamente, uma efetiva democratização do processo no plano da interpretação jurisprudencial. Foi necessária a aprovação de uma emenda à Constituição italiana, em 1999 (*Legge costituzionale* 23 nov. 1999), para inserir cinco parágrafos no art. 111<sup>1358</sup>, sendo que o quarto deles seria uma “resposta” ao julgamento da Corte italiana no caso 254/1992, pois estabeleceu a impossibilidade de alguém ser considerado culpado com base em declarações colhidas

---

1997; e FEROLLA, Bruno. **O Ministério Público Mundial e as Máfias Internacionais**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2007.

<sup>1356</sup> Conforme PIZZI, Willian T. e MONTAGNA, Mariangela. Ob. cit.. Vide, também, dentre outros: TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. Ottava edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2007, pp. 36 e ss..

<sup>1357</sup> Conforme relatam, em detalhes, PIZZI, Willian T. e MONTAGNA, Mariangela. Ob. cit., pp. 447 e ss..

<sup>1358</sup> **ITÁLIA**. *Costituzione della Repubblica Italiana*. In: **Codice di Procedura Penale e Leggi Usuali**. Milano: Ulrico Hoepli Editore, 2010, p. XXVI: Art. 111. *La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. (...) Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore*. Tradução nossa: Art. 111. *A jurisdição atua mediante o justo processo regulado pela lei. (...) O processo penal é regulado pelo princípio do contraditório na formação da prova. A culpa do imputado não pode ser provada com base em declarações tomadas por quem, por livre escolha, sempre se subtraiu ao interrogatório por parte do imputado ou do seu defensor*.



sem contraditório, isto é, quando a testemunha livremente se recusa a declarar na presença do acusado ou de seu advogado. Aliás, é interessante que a partir dessa emenda constitucional, boa parte da doutrina italiana passou a pregar um discurso que se desvincula da referência ao chamado “sistema acusatório”, passando a se referir ao sistema de um “*giusto processo*” (“processo justo”)<sup>1359</sup>.

Ainda que se considere adequada essa alteração constitucional na Itália, o que se viu dos inúmeros questionamentos feitos pela doutrina às decisões de 1992 (notadamente no que concerne ao depoimento de um policial, colhido em juízo, não ser considerado válido como prova), é que, à luz de um pretense “sistema”, lido de forma por vezes exagerada e preconceituosa, tudo o que possa de alguma forma ser interpretado em desfavor do acusado passa a ser questionável, sem limites. O desequilíbrio discursivo parece, em algumas ocasiões, ser reforçado e mesmo deturpado e, por mais antitético que possa parecer, chega até mesmo a prejudicar o acusado em algumas situações, a exemplo do que ocorre quando da interpretação de algumas Cortes brasileiras, como se vê do entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região a respeito do reconhecimento pessoal e do princípio da não autoincriminação. Interpretando o direito a não autoincriminação o Tribunal entende que não é possível exigir que um suspeito fique perfilado ao lado de pessoas com características físicas semelhantes para ser – ou não ser – reconhecido pela vítima, como regula o Código de Processo Penal<sup>1360</sup>. Acontece que a regra do Código de

<sup>1359</sup> Vide, dentre outros: CARACENI, Lina. *Poteri d’Ufficio in Materia Probatoria e Imparzialità del Giudice Penale*. Milano: Giuffrè, 2007, pp. 11 e ss.; AMODIO, Ennio. *Processo Penale, Diritto Europeo e Common Law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Ob. cit., pp. 131 e ss.; UBERTIS, Giulio. *Principi di Procedura Penale Europea: le regole del giusto processo*. Ob. cit., pp. 14 e ss.; GREVI, Vittorio. *Alla Ricerca di un Processo Penale “Giusto”. Itinerari e Prospettive*. Milano: Giuffrè, 2000; DINACCI, Filippo Raffaele. *Giurisdizione Penale e Giusto Processo Verso Nuovi Equilibri*. Milano: CEDAM, 2003.

<sup>1360</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Habeas Corpus nº 0063836-25.2013.4.01.0000/DF. Relator Desembargador Federal Olindo Menezes, julgado em 11 de novembro de 2013, disponível em <http://arquivo.trf1.gov.br/PesquisaMenuArquivo.asp>, acesso em 24 de maio de 2015, verbis, do corpo do Acórdão: *Afirma a autoridade policial, na sua última manifestação, que a demora na conclusão do inquérito policial não se deve somente aos atos da autoridade policial, mas, sobretudo, ao posicionamento inerte do paciente, que se recusa em atender às requisições para que compareça à delegacia para se submeter ao reconhecimento pessoal, conforme novas informações prestadas (fl. 169). Mas essa justificativa não é aceitável, considerando-se que o investigado ou o réu não estão obrigados a produzir prova contra si mesmos (art. 5º, LXIII – CF). O direito subjetivo de não se auto-incriminar (nemo tenetur se detegere) constitui uma dimensão direta da garantia do devido processo legal e, em outro salto, do direito à presunção de não-culpabilidade (art. 5º, LVII – CF). Nem*

Processo Penal nesse campo acaba se revelando mais “garantista” do que a alternativa informal para o reconhecimento da pessoa apontada como autora do delito, pois enquanto no modelo do Código a vítima pode ficar em dúvida, uma vez que as pessoas ladeadas podem ser consideradas todas parecidas ou mesmo a vítima pode errar no reconhecimento apontando alguém que se saiba, de antemão, inocente<sup>1361</sup>, no modelo alternativo o que se tem é um reconhecimento fotográfico com maior probabilidade de indução ou, pior, o reconhecimento pessoal feito em audiência.

Para além da Itália, até mesmo a Corte Européia de Direitos Humanos<sup>1362</sup>, ou, ainda, o Tribunal Penal Internacional<sup>1363</sup>, vem enfrentando dificuldades de conduzir a interpretação dos casos penais a um sistema acusatório. De fato, a Corte Europeia, por exemplo, que também insiste em lidar com modelos de sistemas ideais, vê-se com evidente dificuldade de compatibilizar modelos processuais dos países signatários do tratado europeu, decorrente justamente da adoção da premissa dos “sistemas”, o que leva John D. Jackson a sugerir que ela estaria praticamente construindo um novo sistema e gerando dificuldades de orientação aos países europeus que a ela se submetem:

*Tudo isso sugere que, como a Corte Europeia refina e desenvolve a sua visão de prova participativa à luz das condições modernas de hoje em dia, e leva o processo penal além dos limites tradicionais do discurso acusatório/inquisitório, os Estados europeus passam a ter considerável liberdade de manobra no realinhamento seus procedimentos de uma maneira que respeite os direitos da defesa. Isso significa que enquanto os países podem, naturalmente, tentar*

---

*mesmo a condução coercitiva para a finalidade (art. 260 – CPP) se justifica em face do princípio constitucional da não-auto-incriminação.*

<sup>1361</sup> Neste ponto, Leonard Mlodinow refere que “cerca de 75 mil exames de reconhecimento acontecem todos os anos na polícia dos Estados Unidos, e as estatísticas a respeito mostram que em 20 a 25% das vezes as testemunhas fazem uma escolha que a polícia sabe ser incorreta. E sabem disso porque as testemunhas escolhem um dos “inocentes conhecidos”, ou “figurantes”, que a polícia insere para completar a fila. Em geral são detetives da própria polícia ou detentos escolhidos na cadeia local.” (MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Ob. cit., p. 67).

<sup>1362</sup> JACKSON, John D. *The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment?* In **The Modern Law Review Limited**, Oxford, UK, Blackwell Publishing, 2005, pp. 737-764.

<sup>1363</sup> CAIANIELLO, Michele. *First Decisions on the Admission of Evidence at ICC Trials: A Blending of Accusatorial and Inquisitorial Models?* In: **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 9, issue 2, 2011, pp. 385-410, disponível em <http://jicj.oxfordjournals.org/content/9/2/385>, acesso em 24.04.2012. Em sentido similar: MCCARTHY, Conor. *Victim Redress and International Criminal Justice*. In: **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 10, issue 2, 2011, pp. 351-372, disponível em <http://jicj.oxfordjournals.org/content>, acesso em 14/03/2013.

*fazer prevalecer, o melhor que podem, as tradições processuais nativas em seus sistemas, eles são incentivados a desenvolver distintos processos que divergem da norma tradicional para determinados tipos de caso. A isso se segue que pode haver divergência considerável nas condições em que os princípios participativos desenvolvidos pela Corte são traduzidos de um sistema para outro e até mesmo de uma categoria de caso para outra dentro do mesmo sistema.*<sup>1364</sup>

O problema todo decorre, mais uma vez, da falta de definição precisa do “sistema acusatório”, fortemente influenciado pela falta de referencial histórico e da compreensão do alcance do chamado “sistema acusatório”. Dificuldades semelhantes à italiana poderão apresentar-se também no novo processo penal brasileiro como se passa a expor.

## **Seção II – Os reflexos da falta de precisão dos limites do “sistema acusatório” na interpretação das regras do Projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro.**

*Os Códigos são visíveis! E apagam os princípios constitucionais do processo penal, pois a mera existência das regras codificadas, apesar de inconstitucionais, oculta os princípios e sugere argumento de autoridade que, descontextualizado, parece empurrar contra a parede quem defenda ponto de vista contrário: a legalidade!*

(GERALDO PRADO)<sup>1365</sup>

<sup>1364</sup> JACKSON, John D. Ob. cit., pp. 747 e ss., p. 763. Tradução nossa. No original, em inglês: *All this suggests that, as the European Court refines and develops its vision of participatory proof in the light of modern day conditions and takes criminal procedure beyond the traditional boundaries of adversarial/inquisitorial discourse, the European states are given considerable freedom of manoeuvre in realigning their procedures in a manner that respects the rights of the defence. This means that while countries may naturally try to hold on to procedural traditions indigenous to their systems best they can, they are encouraged to develop distinctive processes which diverge from the traditional norm for particular kinds of case. It follows that there may be considerable divergence in the manner in which the participatory principles developed by the Court are translated from one system to another and even from one category of case to another within the same system.*

<sup>1365</sup> PRADO, Geraldo. Crônica da Reforma do Processo Penal Brasileiro que se Inscreve na Disputa Política pelo Sentido e Função da Justiça Criminal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho (Organizadores) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. Volume 2**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, pp. 03-15, p. 09.

Se fosse possível admitir a existência de um sistema acusatório puro como norte de interpretação do novo Código de Processo Penal, como sugere a primeira parte da redação do art. 4º do Projeto em trâmite no Congresso Nacional, uma série de questionamentos passaria a ser igualmente admitida. Assim, por exemplo, a própria existência do Ministério Público como titular da ação penal<sup>1366</sup> poderia ser questionada, já que, para muitos, ele nasce sob o signo de um “processo inquisitório”<sup>1367</sup>. De fato, apenas a ação penal exclusivamente privada é que estaria legitimada num dito “sistema acusatório” puro. E, não é demais recordar, na contramão do pretendido “sistema acusatório”, a esse respeito o Projeto acaba com a ação penal privada, transformando todos os delitos em iniciativas públicas (condicionadas ou não). O mesmo se diga de todo e qualquer registro de atos processuais na forma escrita<sup>1368</sup>; da possibilidade de colaboração premiada; da manutenção do inquérito policial (o nome é autoexplicativo)<sup>1369</sup>; do arquivamento do inquérito ainda ficar condicionado à controle judicial<sup>1370</sup>; da possibilidade de prisões cautelares<sup>1371</sup> e de outras medidas cautelares pessoais<sup>1372</sup> e reais<sup>1373</sup>; da obrigatoriedade da ação<sup>1374</sup>; da indisponibilidade da ação<sup>1375</sup>; da possibilidade do juiz continuar interrogando diretamente o réu<sup>1376</sup> e as testemunhas<sup>1377</sup>; dentre inúmeras situações similares.

Por paradoxal que possa parecer, até mesmo a possibilidade de transação penal, como acordo para a exclusão do processo<sup>1378</sup> e a possibilidade de barganha de

<sup>1366</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Art. 45 do Projeto.

<sup>1367</sup> V.g. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Ob. cit., p. 387. Sobre as origens do Ministério Público, vide, dentre outros: CARBASSE, Jean-Marie. **Histoire du Parquet**, Paris: Presses Universitaires de France, 2000. Há também uma detalhada referência de inúmeros autores franceses que consideram o Ministério Público como cerne do “sistema inquisitório”, indicados por PRIMOT, Ludovic. **Le Concept d'Inquisitoire en Procédure Pénale. Représentations, Fondements et Définition**. Ob. cit., pp. 268 e ss..

<sup>1368</sup> O art. 29, §2º do Projeto, por exemplo, estabelece que o investigado, ou seu defensor ou o Ministério Público poderão exigir a redução a termo das declarações colhidas por áudio-visual.

<sup>1369</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Arts. 18 e ss.

<sup>1370</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Art. 38.

<sup>1371</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Arts. 535 e ss..

<sup>1372</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Arts. 587 e ss..

<sup>1373</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Arts. 612 e ss..

<sup>1374</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Art. 38 e 48.

<sup>1375</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Art. 49.

<sup>1376</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Art. 75.

<sup>1377</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Art. 179, §1º.

<sup>1378</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Art. 303.

confissão do réu com aplicação imediata de pena no mínimo legal<sup>1379</sup>, que são inspirados<sup>1380</sup> no modelo de *plea bargaining* norte-americano e tidos como “símbolos” de um processo “acusatório” (em razão da disponibilidade) podem ser lidas como “inquisitórias”, ao se levar em conta que na primeira situação fica sempre a “pecha” de o noticiado ter implicitamente assumido sua “culpa” e, na segunda, o acusado expressamente assume a culpa através da confissão. Psicologicamente, em ambas as situações se pode dizer que o acusado é praticamente forçado a aceitar o acordo e a confessar (característica marcante do modelo dito “inquisitório”), já que o processo, em última análise, como se dá na prática, não passa de um jogo<sup>1381</sup> de subjetividades, retóricas e juízos de valor não necessariamente adequados<sup>1382</sup>.

Ademais, num processo denominado de “acusatório”, como nos casos inglês e norte-americano, são recorrentes as críticas a ele, decorrentes da disparidade que representa a riqueza *versus* pobreza do réu, aliada a frequentes distorções da verdade como mecanismo retórico para “vencer o duelo” no júri. A oratória, muitas vezes, prepondera sobre o fato e a prova, provocando o que a doutrina norte-americana

<sup>1379</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Art. 283.

<sup>1380</sup> Não são exatamente iguais, pois no modelo norte-americano o Ministério Público e o acusado podem negociar a própria tipificação do comportamento e não existe limite de figuras penais que permitem sua aplicação.

<sup>1381</sup> Para compreensão do processo como “jogo” vide, dentre outros: CALAMANDREI, Piero. *Il Processo come Giuoco*. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Vol. I, Padova: CEDAM, 1950, pp. 23. CARNELUTTI, Francesco. *Giuoco e processo*. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Vol. I, Padova: CEDAM, 1951, pp. 105 ss.; VALZANIA, Sergio. *La partita di diritto. Considerazioni sull'elemento ludico del processo*. In: **Jus – Rivista di scienze giuridiche**, nº XXV, 1978, pp. 207 ss.; FERRARI, G. *Le droit dans la forme praxéologique du jeu*. In: **Le jeu: un paradigme pour le droit**. Sous la direction de OST, François et M. VAN DE KERCHOVE, pp. 191 e ss.. No Brasil, vide: ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Ob. cit.. A respeito da vida como um jogo, vide, dentre outros: HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens. O Jogo como Elemento da Cultura**. Tradução para o português de João Paulo Monteiro. São Paulo: Perspectiva, 2007 e GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., pp. 165 e ss.

<sup>1382</sup> Parcela da doutrina brasileira já produziu trabalhos neste sentido. Vide, por todos, a obra coletiva **Diálogos sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. CARVALHO, Salo de. e WUNDERLICH, Alexandre (organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. Na doutrina norte-americana também se encontra a mesma crítica: THAMAN, Stephen C. *Aspectos Adversariales, Acusatórios e Inquisitivos en el Proceso Penal de los Estados Unidos*. In: **Proceso penal y sistemas acusatórios**, Lorena Bachmaier Winter (coordenação), Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, pp. 161-176. A crítica também é sentida na doutrina alemã: SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal Bajo una Perspectiva Global**, in Obras, Tomo II, Colección Autores de Derecho Penal, dirigida por Edgardo Alberto Donna. Tradução para o espanhol de Mariana Sacher, Silvina Bacigalupo e Lourdes Baza, Buenos Aires, Santa Fé: Rubinzal- Culzoni, 2009, pp. 393-425.

chama de *combat effect* (efeito do combate)<sup>1383</sup>, isto é, quando a verdade é deixada de lado pelos *truth-impairing procedures* (procedimentos de prejudicar a verdade), que estão focados apenas em ganhar a “luta” retórica. O problema é ampliado por conta do que John Langbein chama de *wealth effect* (efeito de saúde), isto é, muitos acusados não têm condições econômicas de contratar bons advogados<sup>1384</sup>. As críticas sob o prisma do esclarecimento do fato estão também relacionadas com o modelo de *cross examination*. Neste aspecto, Roger C. Park<sup>1385</sup> destaca que os advogados são treinados para não fazerem perguntas que não se saibam as respostas de antemão e, com falhas de percepção da outra parte aliado à inércia judicial, prejudica-se a compreensão de dados importantes do caso que é instruído de forma deficiente. Aliás, as críticas que hoje se evidenciam no moderno sistema acusatório norte-americano são de tal ordem que alguns doutrinadores<sup>1386</sup> e mesmo alguns juízes<sup>1387</sup> daquele país, levando em conta o excesso de poder de barganha dado aos promotores federais norte-americanos, e criticando a forma de seleção destes, dentre outros aspectos que consideram negativos<sup>1388</sup>, chegam a considerar o processo penal como algo inquisitório e sugerem uma aproximação com soluções de natureza “inquisitória”<sup>1389</sup>.

<sup>1383</sup> LANGBEIN, John H. *The origins of adversarial trial*. Oxford, GB: Oxford University Press, 2005, pp. 01 e ss. No mesmo sentido: DAMMER, Harry R.; ALBANESE, Jay S. Ob. cit., p. 119.

<sup>1384</sup> LANGBEIN, John, Ob. cit., pp. 01 e ss.. Vide também: STUNTZ, Willian J. *The Uneasy Relationship between Criminal Procedure and Criminal Justice*. *The Yale Law Journal*, 107, 1997, 1998, pp. 01 e ss.. No mesmo sentido: DAMMER, Harry R.; ALBANESE, Jay S. Ob. cit., p. 119. E também: HOSTETTLER, John. *Fighting for Justice: The History and Origins of Adversarial Trial*. Winchester: Waterside Press, 2006, p. 152.

<sup>1385</sup> PARK, Roger C.. *Adversarial Influences on the Interrogation of Trial Witnesses*. In: *Adversarial versus Inquisitorial Justice: Psychological Perspectives on Criminal Justice Systems*. Edited by Peter J. van Koppen e Steven D. Penrod. New York: Plenum Publisher, 2003, pp. 131-166.

<sup>1386</sup> Vide, por todos, o artigo de MOOHR, Geraldine Szott. *Prosecutorial Power in an Adversarial System: Lessons from Current White Collar Cases and the Inquisitorial Model*. In: *Buffalo Criminal Law Review*. Vol. 8, 2005, pp. 165-220.

<sup>1387</sup> A exemplo do que expõe o juiz Gerard Lynch, notadamente quando informa que os promotores norte-americanos, que não são funcionários de carreira e sim selecionados por critérios políticos, acabam abusando do poder de barganha. As críticas ao modelo processual norte-americano são de inúmeras ordens (morosidade processual, discricionariedade dos promotores, custo do processo, impossibilidade de questionar provas colhidas na investigação, etc) avançando para a ineficiência garantista do processo a ponto do magistrado, curiosamente, defender a adoção de algumas práticas que ele ainda rotula como inerentes ao “sistema inquisitório” (LYNCH, Gerard E. *Our Administrative System of Justice*. *Fordham Law Review*, vol. 66, 1998, p. 2117-2151, disponível na internet em [www.ir.lawnet.fordham.edu](http://www.ir.lawnet.fordham.edu), acesso em 14.02.2013).

<sup>1388</sup> Vide, por exemplo, as críticas dirigidas por MEDWED, Daniel S. *Prosecution Complex. American's race to convict and its impact on the innocent*. New York: New York University Press, 2012.

<sup>1389</sup> Estas percepções vêm desde, pelo menos, a década de 1960, com a referência de PACKER, Herbert L. *Two Models of the Criminal Process*. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 113,

Retomando a análise do Projeto de novo Código de Processo Penal Brasileiro, nele a própria forma de atuação do juiz poderia ser lida como “inquisitória”, dependendo da corrente a que se esteja filiado a respeito do princípio unificador dos pretensos sistemas. De fato, ao analisar a nova redação proposta nesse Projeto, como destacado na Introdução deste trabalho (art. 4º do Projeto), vê-se que, à luz desta regra, o juiz estará proibido de ter iniciativas na fase de investigação, não podendo “substituir” a atuação probatória do órgão de acusação. Assim, implicitamente, permitir-se-á ao juiz agir de ofício em favor do investigado. Ora, num pretense “sistema acusatório puro” essa regra feriria a ideia de que se trata de um “processo de partes”; que deve haver equidistância do juiz; que a produção de prova é orientada pela disponibilidade das partes; que o processo deve ser orientado por uma “paridade de armas” e que o juiz deve ser absolutamente inerte, sob pena de quebra da imparcialidade, dando-se preferência para o julgamento pelos “pares” do acusado.

---

nº 01, novembro de 1964, pp. 01-68, disponível digitalizado em [www.jstor.org](http://www.jstor.org), acesso em 15.02.2013. Aliás, Herbert L. Packer, já alertava para a inconveniente rotulação de “bom” ou “mau” para um e para outro sistema. Tradução nossa: *Existe um risco numa empreitada deste gênero que é latente em cada tentativa de polarização. É que, simplesmente, os valores são muito variáveis para ficarem presos a respostas de sim-ou-não. Os modelos são distorções da realidade. E, considerando que são de caráter normativo, existe um perigo em vê-los como “Bom” ou “Mau”.* No original, em inglês: *There is a risk in an enterprise of this sort that is latent in any attempt to polarize. It is, simply, that values are too various to be pinned down to yes-or-no answers. The models are distortions of reality. And, since they are normative in character, there is a danger of seeing one or the other as Good or Bad.* No mesmo sentido, em artigo da década de 1970: GOLDSTEIN, Abraham S. *Reflection on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure*. In: **Stanford Law Review**, Vol. 26, nº 05, maio de 1974, pp. 1009-1025, disponível na íntegra na internet: [www.jstor.org](http://www.jstor.org), acesso em 15.02.2013. E também na mesma linha de raciocínio, vide, por exemplo a conclusão externada por Richard Frase e Thomas Weigend, em artigo da década de 1990, tradução nossa: *O presente estudo sugere que os sistemas de justiça criminal ocidentais são similares em um considerável número de aspectos, e podem estar convergindo. Sistemas estrangeiros parecem estar evoluindo para serem mais “acusatórios”, num modelo orientado pelo devido processo, enquanto os Estados Unidos esteve evoluindo recentemente na direção oposta. Contudo, alguns sistemas estrangeiros, incluindo a Alemanha, estão mudando mais rapidamente que outros. A crescente similaridade das práticas alemãs e americanas sugerem que estes dois sistemas são suficientemente compatíveis para permitirem “emprestar” reformas da Alemanha para os Estados Unidos, e vice-versa.* No original, em inglês: *The presente study suggests that Western systems of criminal justice are similar in a number of importante respects, and may be converging. Foreign systems seem to be evolving toward a more “adversary”, due process-oriented model, whereas the United States has recently been evolving in the opposite direction. Certain foreign systems, however, including Germany, are changing faster than others. The increasing similarity of German and American practices suggests that these two systems are sufficiently compatible to permit reform “borrowing” from Germany to the United States, and vice versa.* FRASE, Richard S. e WEIGEND, Thomas. *German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions?* In: **Boston College International and Comparative Law Review**. Vol. 18, 317-360, 1995, disponível na íntegra na internet: [www.lawdigitalcommons.bc.edu](http://www.lawdigitalcommons.bc.edu), acesso em 14.02.2013.

Assim, talvez apenas a segunda fase do rito do Júri, mantida no Projeto<sup>1390</sup>, pudesse sobreviver à luz de um “sistema acusatório puro” (a primeira fase do rito no Brasil, conduzida sem a participação popular e com decisão de pronúncia proferida apenas pelo Juiz togado, à luz da dicotomia, ainda estaria marcada pejorativamente de inquisitória). Seria necessário introduzir o *Grand Jury* (Conselho de admissibilidade da acusação<sup>1391</sup>) e o *Petit Jury* (Conselho de Sentença), nos moldes “acusatórios” anglo-saxões.

Ainda em relação à atividade jurisdicional, mais adiante, nos artigos 14 e ss., o Projeto apresenta um capítulo inteiro destinado ao que ele denomina ser o “Juiz das Garantias”, regulamentando a atuação do juiz na fase de investigação. Quanto ao que se extrai da Exposição de Motivos do Anteprojeto, elaborada pela Comissão de Notáveis designada pelo Senado, a ideia é fazer com que o juiz que atue na fase de investigação não seja o mesmo a atuar na fase do processo, pois ele estaria “contaminado” com análises prévias do fato toda vez que tivesse que atuar na ponderação dos direitos do investigado *versus* o interesse público de esclarecimento do fato (art. 16 do Projeto).

Ou seja, conjugando o art. 4º que veda a iniciativa do juiz na investigação, mas implicitamente permite que ele aja de ofício para “favorecer” o réu (inclusive produzindo provas de ofício), com as demais regras que estabelecem sua atuação como um “garante dos direitos do investigado”, pode-se concluir que o juiz criminal que se pretende no Brasil é um “Juiz de Defesa”, ou seja, um juiz parcial que pode atuar de ofício a favor do investigado, mas nunca contra ele. Isso, também fere tanto o princípio dispositivo relacionado à produção probatória quanto a “paridade de armas” que norteia a ideia central do modelo “acusatório”. Paradoxalmente, o mesmo Projeto não exige a troca do magistrado da fase de investigação por outro, quando a infração penal for de menor potencial ofensivo (art. 15<sup>1392</sup>). Assim, por óbvio que esses regramentos não

<sup>1390</sup> BRASIL. **Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009.** Arts. 321 e ss. do Projeto.

<sup>1391</sup> Não obstante, também é possível sustentar que o “Grand Jury” seja de origem inquisitória, inspirado na “*enquête du país*” francesa, como alerta THAMAN, Stephen C. Ob. cit., p. 163.

<sup>1392</sup> BRASIL. **Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009.** Art. 15. *A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.*



resistiriam se comparados com a adoção de um pretense “sistema acusatório” nos moldes de “pureza” pregado por alguns doutrinadores.

Portanto, o Brasil também deve levar em conta a dificuldade que a dicotomia tem apresentado nos julgamentos proferidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos, pelo Tribunal Penal Internacional e pelos países que já adotaram a expressa referência ao sistema, como destacado acima. E, nesta medida, deve procurar se livrar de uma pretensão de trabalhar com “tipos ideais” puros dos sistemas processuais penais, ainda que isso não signifique dizer que seja necessário abandonar o chamado “sistema acusatório”, como se passa a expor.

### **Seção III – Livrando-se do “Véu de Maia” da dicotomia “pura”, mas insistindo na adoção do “sistema acusatório”.**

*O Véu de Maia é o véu da ilusão, que envolve os olhos dos mortais, deixando-lhes ver um mundo do qual não se pode falar que é nem que não é, pois assemelha-se ao sonho, ou ao reflexo do sol sobre a areia tomado a distância pelo andarilho como água, ou ao pedaço de corda no chão que ele toma como uma serpente.*  
(ARTHUR SCHOPENHAUER)<sup>1393</sup>

Mesmo não havendo consenso na doutrina a respeito do que se possa compreender por um sistema em comparação com o outro e mesmo que seja necessário deixar mais claro o que possa ser entendido pelo sistema acusatório, é de se reconhecer o importante – e, fundamental, repita-se – esforço empreendido por boa parte da doutrina nacional para implementar no Brasil um modelo de processo à luz das pretensões de um sistema acusatório, fazendo a necessária crítica à ideologia arbitrária e totalitária que impera na estruturação do Código de Processo Penal de 1941. Neste sentido, são relevantes as considerações de Jacinto Coutinho:

---

<sup>1393</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. **O Mundo Como Vontade e Representação**. Tradução de Jair Barboza, São Paulo: Editora Unesp, 2005, p. 49.

*Portanto, inquisitório e acusatório são adjetivos de um sistema que se coloca como substantivo e, como tal, não pode nunca ser esquecido. O ponto de partida que a finalidade vai definir como princípio, no caso, ou é o princípio inquisitivo ou o princípio dispositivo. Naquele (sistema inquisitório), a finalidade, em face da opção política, encarrega ao juiz, prioritariamente, o dever de trazer à luz o conhecimento; a iniciativa probatória, antes de tudo, é sua. Eis o princípio inquisitivo. Neste – sistema acusatório – a finalidade, em face da opção política, encarrega às partes (autor e réu), prioritariamente, o dever (que aqui se toma como ônus) de trazer à luz o conhecimento; a iniciativa probatória, antes de tudo, é sua. Eis o princípio dispositivo. Daí que se não tenha, mais, sistema puros (como ficaram conhecidos) porque, todos, ou são, na base, inquisitórios ou acusatórios; mas têm a si agregados elementos provenientes do outro sistema, razão por que seriam mistos.*<sup>1394</sup>

E mais adiante conclui:

*Diante de uma situação de tal monta, de todo caótica, qual o caminho a se adotar? Desistir ou lutar? A resposta parece evidente, mas não tem sido assim. Embaralhadas as coisas pela complexidade e fustigados pela pressa de se ver tudo resolvido “para ontem” (isso seria um sintoma dos tempos em que se vive?), muitos têm procurado soluções alternativas, algumas com real brilho, sem embargo de que tudo se possa estar fazendo em detrimento dos fundamentos e, pior – porque mais difícil de perceber – dos fundamentos dos fundamentos.*

*Por isso, atenção, muita atenção. É preciso ter paciência; que se não concilia com resignação. Afinal, esperança é de democracia; e ela, seja lá em que face se apresente, não é nunca o que se quer e sim sempre o que se conquista. Por isso é preciso muita paciência, tanto quanto resistência para não se desistir nas primeiras ou mesmo nas mais duras dificuldades; e luta porque, no jogo pela democracia, muitos não querem saber de fair play, começando por aqueles que, como diziam os romanos, pensam-se em um lugar de legibus solutio. Trata-se, portanto, de uma receita amarga, de luta dura; mas é a que se pode ter se não se quiser fazer a racionalidade ou manter tudo como está ou – pior – fazer um novo sistema que seja igual ao que se quer superar.*<sup>1395</sup>

---

<sup>1394</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Por que Sustentar a Democracia do Sistema Processual Brasileiro**. Inédito. Texto parcialmente apresentado em palestra proferida no Seminário de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal em Homenagem a Winfried Hassemer, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 21.03.14. Parte foi apresentada no prefácio do livro do Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral, *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. No mesmo sentido: CHOUKR, Fauzi Hassan. Modelos Processuais Penais: apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória. In: **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Ob. cit., pp. 190-191.

<sup>1395</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Por que Sustentar a Democracia do Sistema Processual Brasileiro**. Inédito. Texto parcialmente apresentado em palestra proferida no Seminário de Direito Penal,

O problema maior reside no fato de que na compreensão do processo penal a insistente vinculação de seu estudo a partir dos dois sistemas processuais penais “puros” (acusatório ou inquisitório), tem envolvido os olhos dos intérpretes neste véu da ilusão, não lhes permitindo enxergar que a questão do sistema acusatório também deve ser lida a partir do paradigma filosófico da intersubjetividade decorrente do giro linguístico ôntico-ontológico para as grandes questões sistemáticas.

Não atentar para este fundamento é deixar de favorecer a consagração dos dispositivos democráticos, notadamente aqueles consagrados na Constituição brasileira, conduzindo a incertezas interpretativas não desejadas, particularmente, quanto ao papel que merece ser reservado às garantias processuais de ampla defesa e contraditório e a função do juiz no processo penal brasileiro, cerne deste trabalho.

Nessa discussão política a respeito do sistema acusatório é preciso compreender que a opção de deixar a gestão da prova nas mãos das partes visa evitar a quebra de uma já naturalmente frágil imparcialidade judicial. Porém, é preciso também compreender que a inércia absoluta do juiz, alijando-o de qualquer atividade complementar, provoca um efeito de não aproveitamento de toda a potencialidade dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e continua premiando, mesmo que num primeiro momento pareça o inverso, o paradigma filosófico da consciência. Estes princípios, seja no modelo de visão “inquisitória”, no qual o juiz “busca a verdade material”, seja no modelo de pretensão “acusatória”, em que o juiz deve ser sempre inerte para preservar sua “imparcialidade”, acabam sendo subaproveitados.

Daí porque, repita-se, abandonando o véu dicotômico dos sistemas “puros”, é preciso reafirmar o papel da Filosofia da Linguagem e de sua consequente intersubjetividade na compreensão do mundo, como algo que deva ser levado em conta na compreensão do sistema acusatório. Na linha proposta por Gadamer<sup>1396</sup> esse trabalho exige prévio exercício de desapego dos pré-conceitos sistêmicos “puros”, até

---

Criminologia e Processo Penal em Homenagem a Winfried Hassemer, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 21.03.14.

<sup>1396</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. Ob. cit., pp. 356 e ss.

porque, como visto, eles são forçados e irrealistas em suas pretensões ideais. Assim, é preciso abrir a mente para abandonar os rótulos “bom” e “mau” para esta ou aquela questão de processo penal, deste ou daquele pretensão “sistema”, e estabelecer a premissa de que, seja “bom”, seja “mau” (até porque estes conceitos dependem mais do ponto de vista do que propriamente de uma certeza moral), o que deve valer mesmo é o quanto se extrai historicamente de normatividade democrática do que se constituiu para o Brasil, como se abordará a seguir.

#### **Seção IV – A intersubjetividade e a dupla funcionalidade do processo no Estado Democrático de Direito como ideia fundante do sistema acusatório para o processo penal brasileiro.**

*...um paradoxo: o indivíduo moderno, homem ou mulher, exprime duas exigências contraditórias em relação à sociedade, “deixem-me em paz” e “tratem de mim”. O homem moderno gostaria de conservar as vantagens da liberdade (a independência) livrando-se dos seus inconvenientes (a responsabilidade). O infantilismo e a vitimização são as duas soluções que encontrou. (PASCAL BRUCKNER)<sup>1397</sup>*

Ainda que não se tenha aqui a pretensão de desenvolver toda a dogmática<sup>1398</sup> do sistema acusatório brasileiro – pois este não é o núcleo de ineditismo da tese –, para não deixar a impressão de vazio provocada pela desconstrução paradigmática de

<sup>1397</sup> BRUCKNER, Pascal. Filhos e Vítimas: o tempo da inocência. In: **A Sociedade em Busca de Valores: para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, pp. 51-62, p. 54.

<sup>1398</sup> Ao se tratar da dogmática, vale, aqui, recordar o alerta de Jacinto Coutinho a respeito de como ela deva ser compreendida: *Não há Direito sem uma dogmática onde as palavras tenham um sentido aceito pela maioria, ainda que elas escorreguem e, de tanto em tanto, mereçam – e tenham – uma alteração de curso. (...) Não basta, porém, uma dogmática qualquer, logo transformada ideologicamente a serviço do poder, pela banal razão de que se tende a tentar discursivamente descrever as regras jurídicas postas sem assunção de qualquer posição, de todo impossível. Esse lugar “neutro” não é humano (Plauto Faraco de Azevedo); e quem ali se encontra está, sempre, a serviço de alguma ideologia. A dogmática, então, precisa ser crítica (do grego “kritiké”, na mesma linha de “kritérion” e “krisis”), para não se aceitar a regra, transformada em objeto, como uma realidade.* (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática Crítica e Limites Linguísticos da Lei. In: **Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Ob. cit., pp. 225-226.

parte da doutrina que ainda trabalha a dualidade dos sistemas acusatório e inquisitório em suas pretensões de pureza, passa-se a uma breve análise a respeito do sistema processual penal acusatório nos moldes já consagrados no Estado Democrático de Direito e incorporados na Constituição da República do Brasil, apresentando um esboço preliminar de como o sistema acusatório deverá se orientar.

O ponto de partida deve ser o de se enxergar um processo penal a partir de sua opção política de Estado, igualmente considerando que ele deve ser inserir no paradigma da filosofia da intersubjetividade decorrente do giro linguístico ôntico-ontológico e, particularmente, da consolidação histórica desse paradigma nas funções do Estado Democrático de Direito que desaguam no novel âmbito constitucional brasileiro de 1988. Não à toa o texto constitucional considera que o Brasil é uma “República Federativa” constituída em “Estado Democrático de Direito” e fundada na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e no pluralismo político, nos termos do art. 1º, I, II, III, IV e V, da Constituição de 1988<sup>1399</sup>.

Nesse contexto, é preciso recordar, com Jacinto Coutinho, que “ninguém desconhece que o “pacto fundante” da vida moderna decorre da necessidade (vista mitologicamente) de todos precisarem de proteção, em *ultima ratio, contra a morte violenta*”<sup>1400</sup>. E, prossegue, dizendo: “eis, em apertadíssima síntese, por que o Estado tem por missão basilar produzir e aplicar leis, começando pela Constituição e, nesta

---

<sup>1399</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 1º *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*I - a soberania;*

*II - a cidadania;*

*III - a dignidade da pessoa humana;*

*IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*

*V – o pluralismo político.*

<sup>1400</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A Absurda Relativização Absoluta de Princípios e Normas: Razoabilidade e Proporcionalidade. In: **Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Organizadores), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, pp. 191-196, p. 193.

dimensão, submete-se a elas no sentido de que, nelas, vai expresso sua missão de garantidor do cidadão.”<sup>1401</sup>

Assim, levando em conta a referência kantiana de sistema, pode-se referir que se estas são as ideias fundantes que foram se consolidando como resultado do movimento iluminista em suas três fases de compreensão – Estado Liberal, Social e Democrático – resultando na construção de um Estado Democrático de Direito, a ponto de restarem inseridas no texto da Constituição da República Federativa e Democrática Brasileira, são também estas ideias as que fundam o processo penal brasileiro. Vale o registro que não se toma o texto constitucional de 1988 como um “grau zero de sentido”, como se o mundo fosse outro apenas a partir de um texto, mas se leva em conta que ele decorre e tem como base o longo processo de democratização dos povos e consolidação dos direitos e garantias dos cidadãos. Neste mesmo sentido é a posição de Lenio Streck, quando afirma que “no contexto da tradição em que estamos inseridos, este todo é representado pela Constituição. Mas não a Constituição enquanto um texto composto de diversas fatias: artigos, incisos, alíneas etc., mas, sim, a Constituição entendida como um evento que introduz, prospectivamente, um novo modelo de sociedade”<sup>1402</sup>. E prossegue, em abordagem que merece destaque:

*Este evento que é a Constituição está edificado sob certos pressupostos que chegam até nós pela história institucional de nossa comunidade. Tais pressupostos condicionam toda tarefa concretizadora da norma, porque é a partir deles que podemos dizer se o direito que se produz concretamente está legitimado de acordo com uma tradição histórica que decidiu constituir uma sociedade democrática, livre, justa e solidária.*

*Este todo conjuntural, portanto, irá determinar os juízos concretos e particulares que fazemos para solucionar os problemas jurídicos. Neste sentido, por mais que essa conjuntura*

---

<sup>1401</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A Absurda Relativização Absoluta de Princípios e Normas: Razoabilidade e Proporcionalidade. In: **Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Ob. cit., p. 194.

<sup>1402</sup> STRECK, Lenio Luiz. Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo. In: **Observatório de Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP – Instituto Brasileiro de Direito Público. Ano 7, nº 2, jul./dez. 2014, pp. 25-48, disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/1043/672>, acesso em 13 de abril de 2015, p. 37.

*não apareça de modo explícito no trabalho de fundamentação que todo jurista deve realizar, ela condiciona os argumentos alinhavados na decisão de modo subterrâneo.*<sup>1403</sup>

Portanto, é a partir dessa compreensão forjada pela “história institucional da comunidade” e encampada constitucionalmente que o sistema acusatório do processo penal brasileiro deve ser interpretado.

Não se olvida, igualmente, da necessidade de estabelecer delimitações de sentido às compreensões de soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana, pois estas podem soar, por vezes, até mesmo incompatíveis entre si, tudo a depender do intérprete. E para ajustar os sentidos destes fundamentos se leva em conta, mais uma vez, que eles são fundantes de um “Estado Democrático de Direito”, premissa que acaba sendo conglobante dos demais fundamentos. De fato, com expressa referência ao “Estado Democrático de Direito” no *caput* do art. 1º da Constituição da República de 1988, o Brasil se constituiu num modelo de Estado que se substitui às velhas fórmulas do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito (este, em última análise, particularmente em versão do chamado *Welfare State*, jamais se efetivou no Brasil<sup>1404</sup>).

Ou seja, a ideia de um “Estado Democrático de Direito” é resultante de um desdobramento histórico do chamado “Estado de Direito” desde quando o Direito passa a servir de “moldura normativa da ação dos sujeitos”, sua “condição de coexistência”, atuando com o “fim de conciliar a liberdade de um indivíduo com a liberdade do outro”<sup>1405</sup>.

Na primeira etapa dessa construção, ou seja, no chamado “Estado Liberal de Direito” do século XIX, de índole essencialmente burguesa, ao se contrapor ao Estado Absolutista anterior, o Direito serviu ao indivíduo, para protegê-lo contra abusos deste mesmo Estado. Sucede que este modelo de Estado Liberal se organizava essencialmente visando dar liberdade prioritariamente à classe burguesa detentora do

<sup>1403</sup> STRECK, Lenio Luiz. Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo. In: **Observatório de Jurisdição Constitucional**. Ob. cit., p. 37.

<sup>1404</sup> Nesse sentido, dentre outros: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização do Estado Social. In: **Direito ao Extremo: coletânea de estudos**. BRANDÃO, Claudio; ADEODATO, João Maurício (Organizadores), Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp.139-154, p. 145; e STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 35.

<sup>1405</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: **O Estado de Direito: História, Teoria e Crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli, São Paulo: Martins Fontes, 2066, p 113.

poder econômico e não à população em geral. Mesmo assim, o que hoje ainda resta de relevante nesse modelo é o papel de proteção do cidadão frente ao Estado, pois o ser humano que exerce poder no âmbito estatal tem uma natural tendência a abusar desse poder e daí a necessidade do Direito atuar como freio. O novo processo penal brasileiro, portanto, nessa seara e à luz do sistema acusatório, ainda deve ser lido como forte barreira para evitar o abuso do detentor de poder – o que minimiza o paradigma da filosofia da consciência -, sem, contudo, agir como se fazia naquele tempo, isto é, sem agir para proteger e premiar a mesma classe dominante em detrimento da ampla população carente que costuma ser mais facilmente alcançada pelo Direito Penal<sup>1406</sup>. A proibição de excesso, então, deve ser norteadada pelos elementos que a compõem, como refere Jorge Reis Novais: idoneidade (as medidas restritivas em causa devem ser “aptas a realizar o fim visado com a restrição”), indispensabilidade ou necessidade (dos meios idôneos disponíveis se deve “escolher o que produza efeitos menos restritivos”), e proporcionalidade em sentido restrito (correlação entre o “sacrifício imposto pela restrição e o benefício por ela prosseguido”)<sup>1407</sup>.

No denominado “Estado Social de Direito” do início do século XX, por sua vez, pregava-se um intervencionismo estatal – desapegado de um suficiente controle democrático – onde o Direito forçava o Estado a atuar em favor do indivíduo em sociedade<sup>1408</sup>. De positivo esse modelo traz o olhar para o todo da sociedade, mas acaba olvidando do particular. O perverso se resume, portanto, à possibilidade do cidadão ser instrumentalizado através do direito penal e processual penal como meios para implantação de políticas públicas. Para que o Estado Social de Direito seja harmonizado com a ideia de limitação do poder, ele deve ser conjugado, no plano

---

<sup>1406</sup> Sobre o tema são inúmeras as obras. Vide, dentre outros: MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 47 e ss; RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri, SP: Manole, 2013, pp. 45 e ss.; e BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

<sup>1407</sup> REIS NOVAIS, Jorge. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão, 2011, pp. 162-163

<sup>1408</sup> Sobre o tema, dentre inúmeros outros, vide: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (Organizadores). **O Estado de Direito. História, teoria e crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006; e HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Ob. cit., pp. 483 e ss.. e pp. 592 e ss..



penal material, com o princípio da intervenção mínima, como refere Paulo Busato<sup>1409</sup>. O novo processo penal orientado pelo sistema acusatório deve também olhar para esse aspecto do social, inclusive por força dos mandamentos constitucionais, mas, assim como aventado no âmbito penal material, também o processo não deve se conduzir pelo estreitamento das garantias do cidadão, com ampliação desmesurada dos poderes de Estado.

E foi com a “introdução” da “Democracia” nessa fórmula, no pós-Segunda Guerra<sup>1410</sup>, transformando-o em “Estado Democrático de Direito” (ou até mesmo – e melhor – no “Estado Democrático e Social de Direito”<sup>1411</sup>), que ambos – Direito e Democracia – apareceram como fatores de equilíbrio dessa dupla visão, com o Estado sendo “situado – como diz Pacelli – entre pretensões prioritariamente liberais e pretensões preferencialmente sociais”, no qual “se reconhece a afirmação da autonomia pública (nas relações com o poder e com o Estado) e privada (relações com os outros) dos membros da comunidade, como sujeitos do seu destino”<sup>1412</sup>. Inclusive a concepção deste Estado passou a ser orientada pela redefinição de democracia, agora compreendida não apenas como predominância da “vontade da maioria”, mas também como limite à vontade – por vezes “tirânica”<sup>1413</sup> – dessa maioria em favor da minoria. O Direito nesse modelo de Estado, portanto, é chamado a atuar como um “antídoto ao voluntarismo”, para usar a referência de Pietro Costa<sup>1414</sup>, conduzindo o Estado por duas vias que se completam: a primeira age visando impedir violações dos direitos

<sup>1409</sup> BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 32.

<sup>1410</sup> Vide, dentre outros: COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: **Soberania, Representação, Democracia, Ensaios de História do Pensamento Jurídico**. Biblioteca de História do Direito (Coordenada por Ricardo Marcelo Fonseca). Tradução de Érica Hartman, Curitiba: Juruá, 2010, p. 235.

<sup>1411</sup> Como prefere SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 58 e ss..

<sup>1412</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo Penal e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 10.

<sup>1413</sup> Vários autores referem à “vontade tirânica da maioria”. Vide, dentre outros: ARRIMADA ANTÓN, Lucas. *Constitucionalismo, concepciones de democracia y diseño institucional: sobre frenos, puentes y motores en la democracia deliberativa*. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto; ROSENKRANTZ, Carlos F. (Organizadores). **Homenage a Carlos Santiago Nino**, Buenos Aires: La Ley, 2008, pp. 247 a 268; e COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: **Soberania, Representação, Democracia, Ensaios de História do Pensamento Jurídico**. Ob. cit., p. 247.

<sup>1414</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: **O Estado de Direito: História, Teoria e Crítica**. Ob. cit., p. 194.

humanos fundamentais por parte do Estado<sup>1415</sup> e a segunda procura promover e dar efetividade a estes mesmos direitos humanos fundamentais, o que se concretiza pela ótica de proteção constitucional e de seu controle jurisdicional. Nesse sentido a precisa observação de Maria Luiza Schäfer Streck:

*Não resta a menor dúvida que o advento do Estado Democrático de Direito foi responsável por profundas e definitivas alterações no mundo jurídico contemporâneo. A partir do novo paradigma estabelecido pela Constituição do Brasil de 1988, não se pode mais analisar o Direito Penal e Processual Penal sob o prisma de um modelo que serviu de base para as teorias liberal-individualistas do século XIX. A Constituição proporcionou a inserção de um arcabouço principiológico, responsável por conferir, ao indivíduo e à sociedade, uma “blindagem” contra as arbitrariedades estatais, bem como garantias de efetivação dos direitos fundamentais.*<sup>1416</sup>

Em sentido similar Ingo Sarlet anota que “os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo” e que “a doutrina tem reconhecido que entre os direitos fundamentais e a democracia se verifica uma relação de interdependência e reciprocidade”<sup>1417</sup>.

Vale também referir à colocação de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, quando tratam do tema:

*Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao welfare state neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático de Direito é plus normativo em relação às formulações anteriores. A novidade que apresenta o Estado Democrático de Direito é muito mais em um sentido teleológico de sua normatividade do que nos*

<sup>1415</sup> No âmbito penal material, mais uma vez a referência de BUSATO, Paulo. Ob. cit., p. 23, quando associa o “Estado democrático” com o princípio da culpabilidade, “porquanto a ideia de pôr o Estado a serviço da defesa dos interesses do cidadão significa respeitá-lo individualmente e limitar a intervenção Estatal à efetiva atuação culpável do sujeito”.

<sup>1416</sup> STRECK, Maria Luiza Schäfer. Ob. cit., p. 53.

<sup>1417</sup> SARLET, Ingo. Ob. cit., p. 61.

*instrumentos utilizados ou mesmo na maioria de seus conteúdos, os quais vêm sendo construídos de alguma data.*<sup>1418</sup>

E nesse contexto a questão penal deve ser considerada em sua dupla dimensão (de freio ao excesso estatal e de instrumento de proteção do cidadão através do Estado), como destacam Claus-Wilhelm Canaris<sup>1419</sup>, Winfried Hassemer<sup>1420</sup>, Francesco Palazzo<sup>1421</sup>, Domenico Pulitanò<sup>1422</sup>, Alessandro Baratta<sup>1423</sup>, Vittorio Manes<sup>1424</sup>, Vittorio

<sup>1418</sup> STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS. José Luis. Estado Democrático de Direito. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. (Organizadores: J.J. Gomes Canotilho e outros), São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 114.

<sup>1419</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003, pp. 103 e ss..

<sup>1420</sup> HASSEMER, Winfried. Processo Penal e Direitos Fundamentais. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Organizadas pela Faculdade de Direito de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut. Coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 15-25.

<sup>1421</sup> PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, pp. 103 e ss..

<sup>1422</sup> PULITANÒ, Domenico. *La Giustizia Penale alla Prova del Fuoco*. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, ano 40, nova série, nº 01, Milano: Giuffrè, janeiro/março de 1997, pp. 03-41.

<sup>1423</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia y Sistema Penal (Compilación in memoriam)**. Tradução do italiano para o espanhol de Marianela Pérez Lugo e Patricia Chiantera. Buenos Aires: BdeF, Julio César Faira Editor, 2004, pp. 190-192, *verbis*: *Cuando en los años 80 en el ámbito de una estrategia del "derecho penal mínimo", proponia practicar una "epoché", es decir, una suspensión metodológica de los conceptos de "crimines" y de "penas", no pretendi realmente poner en duda la existencia de situaciones socialmente negativas que deben ser controladas, ni tampoco la realidad del sistema punitivo. (...) Si una transformación se ha producido en mi perspectiva, ésta ha consistido en superar una separación demasiado rígida entre los distintos acercamientos teóricos y las diversas instancias de control del Estado y de la sociedad civil. (...) Ampliar la perspectiva del derecho penal de la Constitución en la perspectiva de una política integral de protección de los derechos, significa también definir el garantismo no solamente en sentido negativo, como límite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino, también y sobre todo, como "garantismo positivo". Esto significa la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos; también, de los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y no sólo de aquella pequeña, pero importante parte de ellos, que podríamos denominar "derechos de prestación de protección, en particular contra agresiones provenientes de comportamientos delictuosos de determinadas personas. No se puede ignorar aquella parte de la inseguridad urbana debida efectivamente a comportamientos delictuosos, pero entendiendo que la necesidad de seguridad de los ciudadanos, no es solamente una necesidad de protección de la criminalidad y de los procesos de criminalización. La seguridad de los ciudadanos corresponde a la necesidad de estar y de sentirse garantizados en el ejercicio de "todos" los derechos propios: derecho a la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y de las propias capacidades; derecho a expresarse y a comunicarse, derecho a la calidad de la vida, así como el derecho a controlar y a influir sobre las condiciones de las cuales depende, en concreto, la existencia de cada uno. La relación existente entre garantismo negativo y garantismo positivo equivale a la relación que existe entre la política de derecho penal y la política integral de protección de los derechos. El todo se sirve de cada uno de los elementos que lo conforman, pero cada uno de estos elementos necesita del todo.*

<sup>1424</sup> MANES, Vittorio. As Garantias Fundamentais em Matéria Penal, Entre a Constituição e a Convenção Europeia de Direitos do Homem. Tradução de Renata Jardim da Cunha Rieger e Filipe de Mattos

Grevi<sup>1425</sup>, Jorge Reis Novais<sup>1426</sup>, Pedro Aragonese Alonso<sup>1427</sup>, Carlos Bernal Pulido<sup>1428</sup>, Alberto M. Binder<sup>1429</sup>, Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>1430</sup>, Luciano Feldens<sup>1431</sup>, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>1432</sup>, Lenio Luiz Streck<sup>1433</sup>, Maria Luiza Schäfer Streck<sup>1434</sup>, Américo Bedê Junior e Gustavo Senna<sup>1435</sup>, Vicente de Paulo Barreto<sup>1436</sup>, Kathia Martin-Chenut<sup>1437</sup>, Isaac Sabbá Guimarães<sup>1438</sup>, Gecivaldo Vasconcelos Ferreira<sup>1439</sup>, Luiz Flávio Gomes<sup>1440</sup>, Frederico Valdez Pereira<sup>1441</sup>, dentre outros<sup>1442</sup>.

---

Dall'Agnol. In: **Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências**. (Flávio Roberto D'Ávila, Organizador), Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, pp. 82-118.

<sup>1425</sup> GREVI, Vittorio. *Alla Ricerca di un Processo Penale "Giusto". Itinerari e Prospettive*. Ob. cit., pp. 09 e ss..

<sup>1426</sup> REIS NOVAIS, Jorge. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Ob. cit., pp. 261 e ss. e pp. 291 e ss.. Jorge Reis Novais trata tanto do princípio da proibição de excesso, quanto do que denomina de "princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança" e também no "princípio da socialidade": *Com efeito, a proteção da confiança dos cidadãos relativamente à acção dos órgãos do Estado é um elemento essencial, não apenas da segurança da ordem jurídica, mas também da própria estruturação do relacionamento entre Estado e cidadãos em Estado de Direito. Sem a possibilidade, juridicamente garantida, de poder calcular e prever possíveis desenvolvimentos de actuação dos poderes públicos susceptíveis de repercutirem na sua esfera jurídica, o indivíduo converter-se-ia, em última análise com violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em mero objeto do acontecer estatal. Essa proteção da confiança dos particulares relativamente à continuidade na ordem jurídica é, se quisermos, o lado subjectivo da garantia mais geral de segurança jurídica inerente ao Estado de Direito.*

<sup>1427</sup> ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y Derecho Procesal**. Madrid: Aguilar, 1960, pp. 05 e ss. e pp. 99 e ss..

<sup>1428</sup> PULIDO, Carlos Bernal. **O Direito dos Direitos: Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 120 e ss.

<sup>1429</sup> BINDER, Alberto M. **Derecho Procesal Penal. Tomo II. Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, pp. 12 e ss..

<sup>1430</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo Penal e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Ob. cit., p. 2.

<sup>1431</sup> FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

<sup>1432</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit.

<sup>1433</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Bem Jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>, acesso em 03 de maio de 2014.

<sup>1434</sup> STRECK, Maria Luiza Schäfer. Ob. cit.

<sup>1435</sup> BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: RT, 2009.

<sup>1436</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

<sup>1437</sup> MARTIN-CHENUT, Kathia. A Valorização das Obrigações Positivas de Natureza Penal na Jurisprudência da CIDH: o exemplo das graves violações de direitos humanos cometidas durante as ditaduras dos países do Cone Sul. Tradução de Priscila Akemi Beltrame. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 103, julho de 2013, pp. 97 e ss.

O papel da soberania é também relevante nesse contexto. No Estado Democrático de Direito a jurisdição é exercida como demonstração da parcela da soberania do Estado e a aplicação de sanção criminal a alguém passa a ser considerada como monopólio do Estado de Direito. Porém, ainda que o conceito de soberania possa ser lido desde sua origem e em diversos ângulos como ilimitado, no caso do Estado Democrático de Direito, o exercício da soberania interna estatal deve ser “controlado/orientado” através da preservação dos direitos fundamentais do cidadão, minimizando e procurando mesmo impedir que a discricionariedade no seu exercício possa se manter e conduzir o processo. Nessa medida, o princípio da necessidade da jurisdição que norteia o direito penal se espraia para a igual indefectibilidade do processo, o qual, no Estado Democrático de Direito, deve ser agora lido como dupla garantia do cidadão, pois, se é somente através do devido processo legal que o direito penal se efetiva, esse monopólio jurisdicional inafastável na promoção da Justiça penal não dá margem ao exercício arbitrário das próprias razões, ou seja, não dá margens à vingança das vítimas e seus familiares. É o Estado fornecendo a resposta racional e pré-mensurada do direito penal, fazendo-o com todas as garantias ao cidadão acusado, evitando que ele seja instrumentalizado como vingança estatal. Ou seja, não se deve admitir jamais que o Estado atue numa espécie de “justiceiro” de plantão, suprimindo garantias fundamentais do acusado em nome de respostas pautadas apenas pela busca de eficiência, como precisamente alerta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “Neste quadro, não é admissível, em hipótese alguma, sinonimizar efetividade com eficiência, principalmente por desconhecimento. Afinal,

---

<sup>1438</sup> GUIMARÃES, Isaac Sabbá. A Intervenção Penal para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais: linhas de acerto e desacerto da experiência brasileira. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 797, março de 2002, pp. 450 e ss.

<sup>1439</sup> FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. **Princípio da Proibição de Proteção Deficiente: a outra face do garantismo**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/13542/principio-da-proibicao-da-protacao-deficiente>, acesso em 03 de maio de 2014.

<sup>1440</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Proibição de Proteção Deficiente**. Disponível em [http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=2009120712405123](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009120712405123), acesso em 03 de maio de 2014.

<sup>1441</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal**. Ob. cit., p. 61.

<sup>1442</sup> Existe uma ampla doutrina nesse mesmo sentido, para além dos autores destacados.

aquela reclama uma análise dos fins; esta, a eficiência, desde a base neoliberal, responde aos meios”<sup>1443</sup>.

Porém, numa democracia plena e que se preocupe com todos os direitos fundamentais de todos os cidadãos, o Estado precisa igualmente se preocupar com as garantias fundamentais constitucionais da vítima, como recorda Ferrajoli<sup>1444</sup>, minimizando seu sofrimento decorrente do delito com a adoção de medidas jurídicas, sociais e psicossociais em seu favor e – sem descurar da visão de atuar como garantia ao acusado – deve também evitar mecanismos de sua revitimização ao longo do processo. Não à toa, portanto, no artigo 5º, *caput*, fala-se nos direitos fundamentais à vida e à segurança (este secundado pelo art. 144, *caput*), e no mesmo artigo 5º, agora em seu inciso LIX, a Constituição reservou, como direito fundamental do cidadão-vítima (mas não apenas para a vítima, pois não há essa limitação no texto constitucional, como bem destaca Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>1445</sup>), a possibilidade de se valer da ação penal privada subsidiária da pública. Ou seja, na eventual inércia do Estado na promoção da Justiça penal, o próprio constituinte previu mecanismo de efetividade para a vítima que implicitamente controla o princípio da obrigatoriedade.

Para que não reste dúvida: não se está aqui pregando um sectário discurso de “lei e ordem” ou de “direito penal do inimigo”, ou algo equivalente, nada disso. Tem-se plena compreensão das mazelas desses modelos radicais que mitigam os direitos e garantias do cidadão de forma a aniquilá-los<sup>1446</sup>. O que se quer, outrossim, nesse novo modelo de compreensão do sistema acusatório fundado no Estado Democrático e Social de Direito e orientado pelo quanto dele resultou na Constituição da República, é pontuar, a partir do paradigma da intersubjetividade, a necessidade de também se voltar o olhar para a vítima no processo penal, não descurando que as garantias do acusado, caso sejam lidas de forma absoluta, possam, circunstancialmente e nessa medida, servir de escudo para novas violações de garantias fundamentais da vítima.

<sup>1443</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um problema às reformas processuais**. Ob. cit., p. 143.

<sup>1444</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Escritos Sobre Derecho Penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal**. Volume 2, Nicolás Guzmán Coordinador, Buenos Aires: Hammurabi, 2014, p. 212.

<sup>1445</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Ob. cit., p. 02.

<sup>1446</sup> Sobre o tema, vide: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A Crise da Segurança Pública no Brasil. In: **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. BONATO, Gilson (Organizador), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, pp. 181-186.

Assim, colocadas lado a lado as garantias dos cidadãos envolvidos no drama real resultante do caso penal, de maneira excepcional e pela via da interpretação restritiva, permitir-se evitar processos concretos de revitimização. O processo, portanto, necessita ser visto como o instrumento que dá efetividade aos direitos e garantias dos cidadãos em sua dupla dimensão.

De outro lado, tome-se, também, a complexidade da ideia de soberania numa sociedade globalizada e que tem como norte a questão econômica, como hoje se insere o Brasil e a maior parte do mundo. Aliás, os conceitos de cidadania e soberania tem sido tensionados para se provocar um deslocamento de sentido em favor da economia<sup>1447</sup>. Essa perspectiva merece uma correção de rumo na exegese do sistema acusatório de processo penal, inclusive para levar em conta o papel dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, particularmente o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) os quais, como bem observa Fauzi Hassan Choukr “acabam por fazer também o papel de limitação do poder, atuando de fora para dentro e construindo uma espécie de barreira legislativa (e, como se verá, também de vetor interpretativo)”<sup>1448</sup>. E, prossegue Fauzi, “os tratados internacionais acabam por ter sua exigibilidade perante a Jurisdição consagrada também no próprio plano internacional, seja através das cortes criadas especificamente para tal fim (e assim estamos no plano próprio da *justiciability*) quer no contexto político-econômico, com as respectivas pressões advindas para o respeito a tais regras acordadas”<sup>1449</sup>.

Já a cidadania e a dignidade da pessoa humana são pressupostos da existência e da razão de ser do próprio Estado Democrático e Social de Direito e, portanto, aparecem na própria Constituição desse Estado. Com efeito, como coloca Jorge Miranda, “para o constitucionalismo, o fim está na proteção em que se conquista em

---

<sup>1447</sup> Como percebe, dentre outros, MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sobre a (im)possibilidade de uma ética neoliberal. In: **Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller**. Martonio Mont’Alverne; Barreto Lima; Paulo Antonio Menezes Albuquerque (Organizadores), Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, pp. 41-56, p. 47.

<sup>1448</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Ob. cit., p. 20.

<sup>1449</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Ob. cit., pp. 20-21.

favor dos indivíduos, dos homens cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir”<sup>1450</sup>.

Nesse plano de se garantir, num Estado Democrático de Direito, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, não se pode desconsiderar que existe uma série de outros poderes de fato e de direito para além do poder estatal que igualmente ameaçam a efetividade destes fundamentos do Estado brasileiro e condicionam a liberdade dos sujeitos. É como diz Lenio Streck: “é ilusório pensar que a função do Direito (e, portanto, do Estado), nesta quadra da história, esteja restrita à proteção contra abusos estatais”<sup>1451</sup>. Konrad Hesse também adverte que “a liberdade humana é posta em perigo não só pelo Estado, mas também por poderes não-estatais, que na atualidade podem ficar mais ameaçadores do que as ameaças pelo Estado”<sup>1452</sup>. Por sua vez, Michel Foucault bem identificou essa construção de uma sociedade normalizada no final do século XIX, onde a “norma” já não era apenas aquela estatal, mas também cotidiana e disciplinadora do corpo das pessoas<sup>1453</sup>. O mesmo Foucault, seguido pelas estruturas complementares de seus mais importantes “seguidores” (Agambem, Negri e Esposito) também compreendeu que essa dinâmica de controle passou a ser muito maior com a biopolítica, transferindo o controle do indivíduo para o coletivo, identificando, também, a existência de uma ampla interferência regulatória da vida das pessoas, seja pelo Estado, seja pelos aparatos de poder não estatais. Ou seja, ao lado do poder do Estado existe um poder normalizador exercitado no cotidiano das pessoas, muitas vezes, inclusive e paradoxalmente, pelas próprias pessoas físicas e jurídicas privadas, criando aparatos de vigilância e regras internas de controle onde não há ameaça de sanção estatal, mas há constante ameaça aos direitos fundamentais.

Atento a essa questão, o doutrinador português João Baptista Machado considera que o Estado de Direito não exige apenas a garantia da defesa de direitos e

<sup>1450</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Ob. cit., p. 325.

<sup>1451</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?** In: Jus Navigandi, 2008, disponível em <http://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht>, acesso em 17 de abril de 2014.

<sup>1452</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 278.

<sup>1453</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 26ª ed., tradução de Raquel Ramalheite, Petrópolis: Vozes, 2002, p. 179.



liberdades contra o Estado, mas “exige, também, a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de facto”<sup>1454</sup>. Nesse contexto, na complexa sociedade pós-moderna das últimas décadas, o Estado não é o único a exercer poder e a merecer ter esse poder limitado, contido, pelo direito. Existem hoje inúmeras instituições privadas formais e informais que exercem os chamados “poderes sociais de facto” a que se refere João Baptista Machado. Em determinados setores de criminalidade (notadamente aquela organizada e/ou elitizada, isto é, do “colarinho branco”, na consagrada expressão de Sutherland<sup>1455</sup>) vale compreender o que possa significar em sede de processo penal a constatação de Zygmunt Baumann no sentido de que no atual modelo de sociedade, pautado fortemente pelo consumo<sup>1456</sup>, há um evidente deslocamento do exercício de poder do Estado para as megacorporações e para instituições financeiras globais as quais, portanto, chegam a deter muito mais poder do que o próprio Estado. Aliás, a percepção sociológica apresentada por Bauman<sup>1457</sup> alcançou uma constatação assustadora: o “bom cidadão”, que já foi considerado como sendo equivalente ao “bom consumidor”, hoje já se desloca para ser o “bom devedor”. Os grandes bancos chegam ao ponto de não quererem mais os bons pagadores como clientes preferenciais. Ao contrário, preferem os devedores com capacidade de renegociação da dívida, pois estes ficam sempre numa relação de dependência financeira para com o banco. Ou seja: acabam transformando boa parte da sociedade numa sociedade de devedores perenes. E o Estado, nessa nova realidade, deve agir para proteger o cidadão. Estas instituições financeiras, portanto, assim como as megacorporações, têm interesses diversos dos interesses estatais e seus agentes, não raras vezes, cometem delitos de proporções significativamente amplas. Tal é a preocupação com essa temática que o direito penal no mundo ocidental – à exceção da Alemanha<sup>1458</sup> – já vem procurando legislar a respeito da responsabilidade penal das

<sup>1454</sup> MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. 17ª Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2008, p. 59.

<sup>1455</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **El Delito de Cuello Blanco. White Collar Crime. The Uncut Version**. Tradução para o espanhol de Laura Belloqui. Buenos Aires: B de F, 2009.

<sup>1456</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vida Para Consumo. A Transformação das Pessoas em Mercadoria**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

<sup>1457</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vida a Crédito**. Tradução de Alexandre Werneck, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010, p. 31.

<sup>1458</sup> A Alemanha não adotou o modelo basicamente por duas razões essenciais: foi a precursora da dogmática penal pautada na conduta humana e não pretende desvincular-se desse modelo e por ter um

pessoas jurídicas. No Brasil, como se sabe, essa possibilidade já é admitida constitucionalmente em crimes ambientais. O processo penal, portanto, também deve ser pensado nessa dimensão, ajustando-se à realidade de uma criminalização do ente coletivo para efetivação dos direitos fundamentais do cidadão/consumidor/devedor. Mas é preciso pensar também noutras potenciais vítimas destas megaempresas que dominam setores da vida em sociedade. Se o cidadão é tratado hoje como consumidor/devedor, também nessa perspectiva ele pode ser uma vítima a merecer diferenciada proteção estatal. E aqui a grandeza de dignidade da pessoa humana, à luz do paradigma da intersubjetividade, como ideia fundante do Estado Democrático de Direito, ganha uma dimensão mais forte no sentido de proteção também das vítimas dos delitos.

Ao lado das megacorporações e dos bancos, tem-se a instituição de outros poderes de fato, os denominados “poderes paralelos” da criminalidade organizada e mesmo aquelas estruturas de intimidação coletiva que costumam agir preferencialmente – mas não exclusivamente – nos espaços territoriais de abandono estatal. Estes exercícios paralelos de poder, estes “poderes sociais de facto”, de que fala João Baptista, merecem igual atenção do Estado, que deve agir para proteger o cidadão. Ainda que se tenha consciência que nem o Direito Penal, nem tampouco o Processo Penal provocarão mudanças desse quadro social de abandono, pois, como se sabe, isso só se reverte com efetivas políticas públicas básicas, não há como desconsiderar a realidade em que se vive. Enquanto o Estado não reverte o quadro – que parece, pelo histórico brasileiro, tendente a ser relativamente perene – é preciso dar guarida sistemática e constitucional de proteção aos direitos fundamentais das pessoas que vivem nestas comunidades, tanto quanto a segurança privada dá à classe mais abastada.

Desse modo, seguindo ainda com o pensador português, é possível afirmar que a ideia de Estado de Direito “se demite da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos”<sup>1459</sup>. E essa preocupação vem

---

sistema de punição administrativa que funciona a contento, com elevado controle de desvios de comportamento dos agentes fiscais do Estado.

<sup>1459</sup> MACHADO, João Baptista. Ob. cit., p. 59.

expressada nas garantias constitucionais de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, conforme disposto no *caput* do art. 5º, c.c. art. 144, ambos da Constituição<sup>1460</sup>, sem olvidar da gama de direitos e garantias processuais dos incisos do mesmo artigo 5º e da titularidade da ação penal pública prevista no inciso I, do art. 129, da mesma Constituição.

O que surge de dúvida na exegese dessa regra é como compatibilizar as garantias de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. A colisão de interesse pode ser marcante se for levado em conta cada uma das inviolabilidades em seu sentido plenipotenciário. Mesmo a garantia à vida pode ceder frente a situações que legitimam sua eliminação (legítima defesa da vida de outrem ou até mesmo, em certa medida, a legítima defesa da propriedade, por exemplo).

Não é de se admirar que no embate entre o Estado de Natureza e o Estado de Direito, desde Hobbes se venha procurando segurança como forma de garantir a vida (que decorre do medo da morte violenta, como refere Agostinho Ramalho<sup>1461</sup>), restando saber em que medida isso seria razoável sem restringir exageradamente a liberdade das pessoas. Freud não deixou de tratar dessa questão analisando-a tanto em “O Futuro de Uma Ilusão”, quanto em “O Mal Estar na Civilização”, explicitando como é dramática essa colisão de interesses, notadamente entre a liberdade de gozar plenamente todos os impulsos inatos e a necessidade de estabelecer freios em nome de uma segurança pessoal e coletiva. Do primeiro texto, extrai-se essa importante passagem:

*Se se imaginarem suspensas as suas proibições – se, então, se pudesse tomar a mulher que se quisesse como objeto sexual; se fosse possível matar sem hesitação o rival ao amor dela ou qualquer pessoa que se colocasse no caminho, e se, também, se pudesse levar consigo qualquer dos pertences de outro homem sem pedir licença –, quão explêndida, que sucessão de*

<sup>1460</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)

<sup>1461</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Hobbes e as Paixões. In: **Empório do Direito**. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/hobbes-e-as-paixoes-por-agostinho-ramalho-marques-neto/>, acesso em 06 de junho de 2015.

*satisfações seria a vida! É verdade que logo nos deparamos com a primeira dificuldade: todos os outros têm exatamente os mesmos desejos que eu, e não me tratarão com mais consideração de que eu os trato. Assim, na realidade, só uma única pessoa se poderia tornar irrestritamente feliz através de uma tal remoção das restrições da civilização, e essa pessoa seria um tirano, um ditador, que se tivesse apoderado de todos os meios de poder. E mesmo ele teria todos os motivos para desejar que os outros observassem pelo menos um mandamento cultural: não matarás.*<sup>1462</sup>

E nesse contexto angustiante de ser necessário conter os próprios instintos, o mesmo Freud considerou que são três as fontes de onde nasce o sofrimento humano: “o poder superior da natureza, a fragilidade de nossos próprios corpos e a inadequação das regras que procuram ajustar os relacionamentos mútuos dos seres humanos na família, no Estado e na sociedade”<sup>1463</sup>. Já se sabe que as duas primeiras não são plenamente controláveis pelo homem, mas a terceira costuma inclusive ser repudiada pelo homem que não gostaria de se ver privado de sua liberdade. Porém, vale o alerta de Agostinho Ramalho: “falar de liberdade é sempre e necessariamente falar de limites”<sup>1464</sup>. Assim que o próprio Freud alerta para os riscos de uma liberdade plena, como no trecho acima destacado e, portanto, admite que o “homem civilizado trocou uma parcela de suas possibilidades de felicidade por uma parcela de segurança”<sup>1465</sup>. Uma troca, no entanto e como refere Bauman, necessariamente conduz a compreensão de uma perda, com o que se permite dizer que “a liberdade sem segurança não tende a causar menos infelicidade do que a segurança sem liberdade”. Bauman ainda considera que procurar estabelecer “o equilíbrio entre liberdade e segurança talvez seja uma incongruência lógica e uma impossibilidade prática, mas isso, por si mesmo, é a mais poderosa razão para procurar formas ainda melhores para

---

<sup>1462</sup> FREUD, Sigmund. O Futuro de Uma Ilusão. In: **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 21. O Futuro de uma Ilusão, O Mal Estar da Civilização e outros trabalhos (1927-1931)**. Rio de Janeiro: Imago, 1996. p. 24.

<sup>1463</sup> FREUD, Sigmund. O Mal Estar na Civilização. In: **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 21. O Futuro de uma Ilusão, O Mal Estar da Civilização e outros trabalhos (1927-1931)**. Rio de Janeiro: Imago, 1996. p. 93.

<sup>1464</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sobre a (im)possibilidade de uma ética neoliberal. Ob. cit., p. 44.

<sup>1465</sup> FREUD, Sigmund. O Mal Estar na Civilização. Ob. cit., p. 119.

a troca”<sup>1466</sup>, com o que ele conclui analisando a transição histórica que permite enxergar um deslocamento da contenção estatal em relação à segurança:

*Durante a maior parte da história moderna, o principal perigo para a democracia foi corretamente visto nas restrições impostas sobre a liberdade humana pelos poderes de polícia das instituições a cargo da “segurança assegurada coletivamente”. Parece que hoje a democracia está ameaçada principalmente pelo lado oposto: é a segurança garantida de forma coletiva que deixa muito a desejar – sendo abandonada de maneira gradual como um objetivo válido de política pública e desacreditado como um valor que vale a pena defender. O déficit de liberdade resulta numa incapacidade para a auto-afirmação, para resistir, para “ficar de pé e ser contado”. O déficit de segurança resulta numa dissipação da coragem para imaginar uma causa plausível para a resistência e para se reorganizar em nome de uma sociedade mais hospitaleira para as necessidades e os desejos humanos. Em ambos os casos, o resultado é muito similar: o enfraquecimento das pressões democráticas, a crescente incapacidade para atuar politicamente, um maciço afastamento da política e da cidadania responsável.*

*Temos boas razões para suspeitar que a reconciliação e a coexistência pacífica completa e livre de conflitos entre a liberdade e a segurança é um objetivo inalcançável. Mas existem razões igualmente fortes para supor que o principal perigo, tanto para a liberdade como para a segurança, está em abandonar a busca por tal coexistência ou mesmo em diminuir a energia com que tal busca é conduzida. Do modo como estão as coisas neste momento, é preciso dedicar mais atenção à segurança dessa união desejada.*<sup>1467</sup>

Disto tudo resulta que ao lado do “sujeito de direito” encontra-se o “sujeito real”, como destaca Ricardo Marcelo Fonseca, o qual cada vez tem menos autonomia política e intelectual para “desatar-se do caráter sistêmico das diversas racionalidades que o envolvem, cada vez mais envolto em dispositivos e tecnologias de poder que o tornam mais controlado, disciplinado e ‘normalizado’”<sup>1468</sup>. E conclui Ricardo Marcelo: “percebe-se em nossa contemporaneidade uma teia de incidência de poderes sobre os sujeitos concretos que os limitam, os constroem, os dirigem, os isolam, os

<sup>1466</sup> BAUMAN, Zygmunt. **A Sociedade Individualizada. Vidas contadas e histórias vividas**. Tradução de José Grade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, pp. 58 e 59.

<sup>1467</sup> BAUMAN, Zygmunt. **A Sociedade Individualizada. Vidas contadas e histórias vividas**. Ob. cit., pp. 75 e 76.

<sup>1468</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: **Repensando a Teoria do Estado**. (Organizador: Ricardo Marcelo Fonseca), Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 259-281, p. 279.

disciplinam e os controlam, sem que o poder do direito (o único que as teorias política e jurídica tradicionais trabalham) se dê conta disso”<sup>1469</sup>.

Assim, no Estado Democrático de Direito, para além de se compreender que os direitos e garantias devam servir de barreira para evitar abusos estatais, tem-se também a preocupação de enxergar o Estado como sendo um garante dos direitos dos cidadãos, inclusive do “cidadão-real”. Nesse contexto se deve ter em conta a referência à ideia de “vida nua” de Giorgio Agamben, inspirada no conceito de “mera vida”<sup>1470</sup> de Walter Benjamin<sup>1471</sup>. Como explica Agamben, a “vida nua” é considerada como uma vida que é colocada à margem do ordenamento<sup>1472</sup>. Para ele o espaço da vida nua (zoé) é separado das formas de vida qualificadas (*bíos*), permitindo que o ser humano seja tratado como a vetusta figura romana do *homo sacer*, isto é, como aquele que podia ser morto por qualquer um impunemente<sup>1473</sup>. Assim, se uma vida não se ajusta às regras do poder não é por ele considerada como tal, é esvaziada, fazendo com que o sujeito passe a viver em constante “estado de exceção”. O Poder acaba conduzindo a “vida nua” a espaços de não proteção, a exemplo do que ocorre hoje com os prisioneiros de Guantánamo, que se encontram numa espécie de “limbo” jurídico. E essa “vida nua” do sujeito não politizado, do *homo sacer* esquecido pelo Estado, pode ser atribuída a qualquer um, sendo que, no âmbito do processo penal, esse *homo sacer* pode ser tanto o réu (violado em seus direitos e garantias pelo Estado), quanto a vítima (violada em seus direitos e garantias pelo outro), quanto, até mesmo, ambos (na convivências das violações de garantias pelo Estado e pelo particular). As violações de

<sup>1469</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. Ob. cit., p. 279.

<sup>1470</sup> A tradução para o português foi por “mera vida”, mas há quem diga que seria “vida nua”. Jeanne Marie Gagnebin, que organiza, apresenta e introduz notas ao texto de Walter Benjamin, refere, em nota de rodapé à página 151, que “no original, *das blosse Leben*. O adjetivo *bloss* significa “mero”, “simples”, “sem nenhum suplemento”. Há uma nuance entre *nackt*, que designa a nudez de uma criança que sai do corpo de sua mãe, e *bloss*, que designa o “nu” no sentido de “despido”, em oposição a “coberto” com roupa ou roupagem (retórica, por exemplo). Nesse contexto, é discutível a aproximação instigante, mas talvez apressada, que Giorgio Agamben estabelece entre este ensaio de Benjamin e o conceito de “vida nua”, base da biopolítica contemporânea...”. GAGNEBIN, Jeanne Maria. Nota. In: BENJAMIN, Walter. Para uma Crítica da Violência. In: **Escritos Sobre Mito e Linguagem (1915-1921)**. Tradução de Suzana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 151.

<sup>1471</sup> BENJAMIN, Walter. Para uma Crítica da Violência. Ob. cit., p. 151.

<sup>1472</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua**. 2ª ed., 1ª reimpressão. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 16.

<sup>1473</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua**. Ob. cit., p. 135.

garantias de lado a lado, portanto, também podem ser fortemente influenciadas pelo contexto social em que o sujeito estiver inserido.

Nesta perspectiva, um “processo para o cidadão real”, que vise evitar a colocação do sujeito como *homo sacer*, deve ser um processo que sirva para todos os sujeitos e nessa medida, sirva para a nação e, levando em conta que se vive numa sociedade excludente e de “tradicional” despreocupação para com o cidadão, como é a brasileira. O processo deve servir principalmente para proteger dos abusos – públicos e particulares – aquele que costuma ser o “outro” (ou, *contrario sensu* e didaticamente, um processo que se gostaria de ver aplicado quando “nós” fossemos os réus, sem esquecer, de outro lado, que também “nós” poderemos ser as vítimas).

É nesse contexto que se dá relevância à exegese da dignidade da pessoa humana como integrante da ideia fundante do sistema acusatório, a qual deve levar em conta o imperativo categórico kantiano no sentido de que “nunca se deve tratar qualquer pessoa (nem permitir que a própria pessoa seja tratada) como coisa, ou seja, apenas como meio para a consecução de fins quaisquer”<sup>1474</sup>.

Essa compreensão também deve ser conjugada com o quanto defendido pela Filosofia da Libertação de Enrique Dussel, temperada com os aspectos psicanalíticos identificados por Freud e Lacan, que revelam como funciona e como se comporta a natureza humana nas relações interpessoais. Assim, é partindo do imperativo categórico kantiano e da fusão do paradigma da identificação das vítimas, a que refere Dussel – de todas elas –, e da forma como se estrutura a psique humana, que se poderá melhor compreender o sentido do princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, estabelecer qual modelo de sociedade esse novo processo penal deve tutelar. Partindo da premissa do “outro-vítima”, de que fala Dussel, deve-se compreender o processo penal, de um lado, prioritariamente e paradoxalmente, como se ele fosse destinado a ser usado contra quem é o intérprete da Constituição e das leis, pois somente quando se consegue colocar na posição do “outro” é que se compreende a dimensão dramática do processo como meio, como instrumento, para efetivação do Direito Penal. Só assim se consegue compreender que o sistema de

---

<sup>1474</sup> Conforme precisamente referido por GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Nietzsche X Kant: uma disputa permanente a respeito da liberdade, autonomia e dever**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra; São Paulo: Casa do Saber, 2012, p. 21.

garantias processuais previsto no texto constitucional tem importância significativa para todos os cidadãos, inclusive para o intérprete que não está livre de amanhã ou depois vir a se encontrar na condição de acusado.

No entanto, simultaneamente e de outro lado, é necessário também se colocar na posição do “outro” como vítima que possa – como não raras vezes acontece – enfrentar mecanismos legais e ilegais de revitimização (também chamada de “vitimização secundária” ou, ainda, de “sobrevitimização”<sup>1475</sup>) ao longo do curso do processo não apenas pelo aparato estatal, mas notadamente pelos aparatos de poder privados. Não são raros os exemplos do cotidiano brasileiro a revelar como isso se dá, valendo por todos os inúmeros casos de redução à condição análoga à de escravo que ainda ocorrem em diversas lavouras brasileiras<sup>1476</sup> ou mesmo o domínio territorial e as submissões, humilhações e constrangimentos cotidianos que os traficantes de drogas<sup>1477</sup>, ou mesmo as novas “milícias”<sup>1478</sup>, impõem aos moradores de diversas favelas no Rio de Janeiro.

---

<sup>1475</sup> RODRIGUES, Roger de Melo. **A Tutela da Vítima no Processo Penal Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 58.

<sup>1476</sup> Segundo o relatório de 2006 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, “de 1995 até 2005, 17.983 pessoas foram libertadas em ações dos grupos móveis de fiscalização, integrados por auditores fiscais do Trabalho, procuradores do Trabalho e policiais federais. No total, foram 1.463 propriedades fiscalizadas em 395 operações. As ações fiscais demonstram que quem escraviza no Brasil não são proprietários desinformados, escondidos em fazendas atrasadas e arcaicas. Pelo contrário, são latifundiários, muitos produzindo com alta tecnologia para o mercado consumidor interno ou para o mercado internacional. Não raro nas fazendas são identificados campos de pouso de aviões. O gado recebe tratamento de primeira, enquanto os trabalhadores vivem em condições piores do que as dos animais”. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho Escravo no Brasil do Século XXI**. SAKAMOTO, Leonardo (Coordenador), 2006, disponível em [http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/trabalho\\_escravo\\_no\\_brasil\\_do\\_%20seculo\\_%20xxi\\_315.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escravo_no_brasil_do_%20seculo_%20xxi_315.pdf), acesso em 24 de maio de 2015, p. 24.

<sup>1477</sup> Existem inúmeros estudos a respeito do problema do tráfico de drogas e do domínio em torno da população no Brasil. A título ilustrativo vide: BARCELLOS, Caco. **Abusado: o Dono do Morro Dona Marta**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

<sup>1478</sup> Sobre o tema vide, dentre outros: CANO, Ignacio; DUARTE, Thaís. **No Sapatinho: evolução das milícias no Rio de Janeiro (2008-2011)**. CANO, Ignacio; DUARTE, Thaís (Coordenadores); ETEL, Kryssia; CRUZ, Fernanda Novaes (Pesquisadoras). Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012. Disponível em [http://br.boell.org/sites/default/files/no\\_sapatinho\\_lav\\_hbs1\\_1.pdf](http://br.boell.org/sites/default/files/no_sapatinho_lav_hbs1_1.pdf), acesso em 24 de maio de 2015, p. 132, verbis: *Assim, a definição do conceito de milícia no momento atual no estado do Rio de Janeiro, poderia ser feita a partir de cinco pontos que deveriam se dar de forma simultânea: a) controle de pequenos territórios e das suas respectivas populações por parte de grupos armados irregulares que fazem uso efetivo ou potencial da violência; b) coação contra moradores e comerciantes locais. Embora exista sempre um grau parcial de legitimação e de tolerância dos moradores, se a intimidação estiver ausente, estaríamos falando em segurança privada; c) motivação de lucro individual dos componentes desses grupos. Na ausência do antigo discurso de legitimação público, o objetivo das milícias ficou mais escancarado. Isso não exclui, em alguns casos, a tentativa de implantar, em paralelo, agendas ou projetos morais (luta contra o consumo de drogas etc.), mas essas motivações são sempre secundárias*



Enfim, o que se deve ter num sistema processual penal acusatório constitucional de dupla face dos direitos e garantias, é um processo garantista para o “outro-acusado” como premissa básica de interpretação, porém, moderado com instrumentos que garantam também ao “outro-vítima” não passar por constrangimentos de revitimização que possam ser debitados, paradoxalmente, ao próprio sistema de garantias do réu no processo. Nesse contexto, como refere Tzvetan Todorov, o princípio democrático recomenda que todos os poderes sejam limitados: não só os dos Estados, mas também os dos indivíduos, inclusive quando vestem os “ouropéis da liberdade”<sup>1479</sup>. E mais adiante, sintetiza: “nada nos obriga a limitar-nos à escolha entre ‘o Estado é tudo’ e o ‘indivíduo é tudo’: precisamos defender os dois, Estado e indivíduo, cada um limitando os abusos do outro”<sup>1480</sup>, intersubjetivamente. Ou seja, os direitos fundamentais do cidadão também devem produzir seus “efeitos perante terceiros” como também destacam, dentre outros, Konrad Hesse<sup>1481</sup> e Canotilho<sup>1482</sup>.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, por sua Segunda Turma, em voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes, também acenou para essa dupla face da proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição, valendo destacar o seguinte trecho do julgado:

*Mandados constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção*

---

*em relação ao lucro; d) posições de comando ocupadas por parte de agentes de segurança pública do Estado que agem de forma privada; e) imposição de taxas obrigatórias a moradores ou comerciantes em troca da suposta proteção e/ou aplicação de monopólios coativos sobre certos produtos e serviços consumidos na comunidade. Como no segundo ponto, a coerção é essencial, caso contrário estaríamos perante grupos de segurança privada ou monopólios com base econômica.*

<sup>1479</sup> TODOROV, Tzvetan. **Os Inimigos Íntimos da Democracia**. Tradução de Joana Angélica d'Ávila Melo, São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 149.

<sup>1480</sup> TODOROV, Tzvetan. Ob. cit., p. 149.

<sup>1481</sup> HESSE, Konrad. Ob. cit., p. 281.

<sup>1482</sup> CANOTILHO, JJ. Gomes, Ob. cit., p. 409.

*insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.<sup>1483</sup>*

Nesta quadra, excepcionalmente, mas sempre em sede de interpretação circular e restritiva, o sistema acusatório de processo penal no Estado Democrático e Social de Direito orientado à luz da dignidade da pessoa humana e da intersubjetividade pode ser igualmente pensado em termos de “condutas positivas” do Estado “tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo”, no sentido dado por Ingo Sarlet<sup>1484</sup>, o qual ainda releva que é preciso pensar “na dimensão comunitária (ou social) da dignidade da pessoa humana, na medida em que todos são iguais em dignidade e como tais convivem em determinada comunidade ou grupo”<sup>1485</sup>. Vem daí que no mesmo artigo 5º da Constituição Federal existem determinadas normas constitucionais “incriminadoras”, ou mandamentos constitucionais de intervenção do legislador penal<sup>1486</sup>, que podem ser usadas nesse sentido. Para além das regras de tipificação material, também é preciso considerar as de cunho processual penal, a exemplo da prisão preventiva (art. 5º,

<sup>1483</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas Corpus* nº 102087 / MG. Relator para o Acórdão Ministro GILMAR MENDES, Julgamento em 28/02/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>, acesso em 13 de agosto de 2014.

<sup>1484</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 106.

<sup>1485</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 102.

<sup>1486</sup> Conforme, dentre outros, FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Ob. cit..

LXVI) como hipótese igualmente legitimada na proteção de direitos e garantias do cidadão-vítima. Fica clara aqui a necessidade de se equilibrar a compreensão da dupla face dos direitos fundamentais.

Assim, se é certo que o acusado deve responder ao processo penal em liberdade, pois ao cidadão se assegura a presunção de inocência e lhe restringir a liberdade nesse momento representaria uma violação da proibição de excesso, também é certo que a vítima não pode ficar refém de ameaças concretas contra sua vida ou atitudes intimidatórias igualmente concretas no sentido de vir a ser novamente vítima em sede de reiteração de comportamento por parte daquele que ainda responde ao processo, pois a Constituição lhe assegura o direito fundamental à vida, à integridade física e à segurança. Desta forma, abandonar a vítima à própria sorte diante de ameaças concretas por parte de um acusado presumidamente inocente, no curso de um processo penal moroso, é violar a proibição de proteção insuficiente aos direitos fundamentais da vítima.

Nesse compasso, num sistema acusatório fundado no Estado Democrático e Social de Direito, ainda que se admita como regra a liberdade do acusado no curso do processo como espelho da vedação de excesso ao Estado, também se admite, em caráter excepcional, a possibilidade da prisão preventiva (ou de outras medidas cautelares diversas da prisão) como um efeito da proibição de proteção insuficiente aos direitos fundamentais da vítima e perante terceiros, atuando como espelho da vedação de proteção insuficiente do Estado. Aliás, nesse tema, vale registrar que antes da reforma parcial do Código de Processo Penal brasileiro, no Título “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória” em 2011, a legislação tratava a matéria da prisão cautelar com evidente violação tanto ao princípio da proibição de excesso, quanto, paradoxalmente, ao princípio da proibição da proteção insuficiente, pois deixava o magistrado vinculado a duas opções radicais: ou o réu ficava preso ou solto, sem possibilidades de adoção de medidas alternativas à prisão cautelar que, como a reforma de 2011 revelou, podem ser mais adequadas e menos traumáticas à solução

de possíveis abusos por parte do acusado, sem radicalizar com sua prisão processual que pode colidir de forma excessiva com a presunção de inocência<sup>1487</sup>.

Ademais, a necessidade de compatibilizar a ideia da libertação de Dussel com o quanto identificado na psique humana, para a consolidação do sistema acusatório do processo penal brasileiro, decorre da impossibilidade – talvez momentânea, porém, concreta – de se ter uma sociedade que abandone por completo o atual modelo capitalista-consumista em que está inserido o Brasil e o mundo globalizado.

É utópico – sem descurar da importância da utopia como móvel que se permita avançar para outra realidade – querer estabelecer, desde já, um processo penal que ignore a realidade em todos os seus aspectos, isto é, que desconsidere seja a realidade de pobreza extrema de boa parte da população brasileira, seja a realidade de privilégios e da existência de castas<sup>1488</sup> ainda dificilmente alcançáveis em seus desmandos, seja de que ambos estão, repita-se, inseridos num modelo de sociedade capitalista.

Qualquer discussão de modelo de processo penal na atual realidade brasileira deve levar isso em conta ou então trabalhar com realidade não evidenciada, de um mundo ideal platônico e utópico que, sinceramente, é difícil acreditar possa se estar aproximando. E, antes que algum apressado juízo “rotulador” pregue logo a marca de “conservador antiutopista”, como costumam fazer alguns sectaristas, é preciso deixar claro que a questão é muito mais complexa e vai muito mais além do que a visão reducionista e ideológica possa querer impor. De fato, não se quer simplesmente manter o *status quo* a privilegiar sempre os mesmos. Mas também não se quer a anarquia pura e simples, ou a implantação imediata de um regime socialista que, como a história do socialismo real e a natureza humana já revelaram, somente se implementa em bases ditatoriais. O que se quer é o caminho da “utopia possível” de que fala Dussel, buscando uma nova realidade, mas sem descurar da realidade presente. Um sistema acusatório de processo penal que, atuando no paradigma da

---

<sup>1487</sup> Sobre o tema, vide, dentre outros: ALMEIDA, Marcius Alexandros Antunes. Proibição de Excesso na Prisão Preventiva. In: **Ciências Penais e Sociedade Complexa II**. (Organizadores: FAYET JR., Ney e MAYA, André Machado), Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, pp. 259-274.

<sup>1488</sup> Sobre o tema, vide, dentre outros, FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro**. 4ª ed., São Paulo: Globo, 2008.

intersubjetividade, sirva, portanto, para todos os outros (réus e vítimas) e não apenas para alguns.

Até por isso Dussel é importante, pois ele não desconsidera a realidade, trabalha com ela e conduz seu discurso na paulatina necessidade de avançar para um melhor modelo de sociedade, visando:

*construir efetivamente a utopia possível, as estruturas ou instituições do sistema onde a vítima possa viver e “viver bem” (que é a nova “vida boa”); é tornar livre o escravo; é culminar o “processo” da libertação como ação que chega à liberdade efetiva do anteriormente oprimido. É um “libertar para” o novum, o êxito alcançado, a utopia realizada.*<sup>1489</sup>

Sucedo que esse “oprimido” que precisa ser “libertado” em termos de direito penal e processo penal e da preservação dos fundamentos do Estado de Direito Democrático brasileiro não pode ser visto apenas como o réu, mas também como a vítima do delito, por vezes tão desamparada e “oprimida” quanto o acusado e, portanto, igualmente merecedora de proteção estatal.

Nesta quadra, e voltando a análise para o tema aqui proposto, eis porque o sistema acusatório do processo penal brasileiro, inserido no Estado Democrático e Social de Direito e orientado pela dignidade da pessoa humana e pela cidadania, deve ser um instrumento de duas espécies de contenção: de contenção “do” Estado, para evitar que ele abuse, e de contenção de conflito social, “através” do Estado. Neste ponto, portanto, a discussão do papel do juiz passa a ser fundamental. Enquanto no “sistema inquisitório” o que se tem é uma ideia fundada na prevalência da filosofia da consciência, com um juiz que se basta e, sozinho, num misto fundado no paradigma da metafísica clássica, busca uma essência, uma “verdade absoluta”; no chamado “sistema acusatório” por vezes o que se tem em parte da doutrina é que a ideia fundante é lida como capaz de “matar o sujeito”, visando um sujeito “dessubjetivado”, isto é, um juiz absolutamente inerte, sem qualquer possibilidade de intervenção, mesmo complementar. No entanto, o que a doutrina que trabalha nesse plano parece olvidar é que o juiz está ali, está presente e vai decidir: seja inerte, seja ativo. Assim, se

---

<sup>1489</sup> DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão**. 2ª ed.. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth, Petrópolis: Vozes, 2002, p. 566.

ele não deve ser mais o sujeito “assujeitador” do modelo cartesiano solipsista (rotulado de “inquisitório”), ele também não deve ser ignorado, alijado do processo de compreensão, pois, estando presente, terá que decidir. É como diz Lenio Streck: morreu a subjetividade assujeitadora, mas não morreu o sujeito da relação de objetos<sup>1490</sup>. Se o juiz estará presente à audiência de instrução probatória, mesmo inerte, produzirá sentidos. Ele está ali e é para ele que a prova é produzida. O que é fundamental, é que ele seja, de alguma forma, controlado. É aí que o paradigma da intersubjetividade entra com toda força como ideia fundante consolidada na dupla vertente de proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente. O processo penal deve ser orientado por essa funcionalidade na gestão das provas que resta com as partes, com a pretensão de afastar o juiz e, assim, controlá-lo, sem, porém, desconsiderá-lo como sujeito que produz sentidos. É preciso, portanto, evitar sua discricionariedade ao máximo. É a partir dessa ideia fundante e do paradigma da intersubjetividade, que se devem construir os demais princípios orientadores do sistema acusatório de processo penal brasileiro, como se passa a pontuar.

## **Seção V – Princípios balizadores do sistema acusatório no novo processo penal brasileiro.**

*Um código não é de algumas pessoas; não é de uma Comissão; é da nação. E para ele todos devem concorrer, dentro dos parâmetros traçados, dos quais para nós são inarredáveis aqueles da Constituição da República.*

(JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO)<sup>1491</sup>

Identificadas as ideias fundantes do sistema acusatório brasileiro, passa-se a referir aos seus princípios reitores que, “como linguagem”, fazem “a ligação dos

<sup>1490</sup> STRECK, Lenio Luiz. Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo. In: **Observatório de Jurisdição Constitucional**. Ob. cit., p. 40. Vide também: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Ob. cit., pp. 179 e 180.

<sup>1491</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório e Outras Questões Sobre a Reforma Global do CPP. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho (Organizadores) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. Volume 2**. Riode Janeiro: Lumen Iuris, 2011, pp. 17-35, p. 20.

elementos” que compõem o sistema, “a fim de lhe dar o conjunto organicamente estabelecido e, assim, permitir seu desenvolvimento até o fim demarcado, no caso *dicere ius por iuris dictio*”<sup>1492</sup>.

Numa leitura do “fim último do processo” como equivalente ao “*dicere ius* ou *iuris dictio*”, como o faz Jacinto Coutinho<sup>1493</sup>, pode-se seguir concebendo que para tanto se faz necessário que o juiz conheça o que irá decidir e, como tal, que se produza prova a respeito do caso penal. Porém, nesse mecanismo de reconhecimento de um fato pretérito, como é o processo, o juiz não é orientado pela busca da verdade real como se sabe depois dos giros linguísticos que conduziram à Filosofia da Linguagem, já explorada na Primeira Parte deste trabalho. E então, prossegue Jacinto, “o problema é que é o *fim* do sistema – como referido – que resignifica a princípio unificador”<sup>1494</sup> e, nesta perspectiva é que o sistema inquisitório terá o “princípio inquisitivo” como unificador e o sistema acusatório terá o “princípio dispositivo” como unificador.

Por outro lado, pode-se compreender o processo penal em sua finalidade maior, isto é, para além de ter como fim primeiro a atuação da jurisdição. Com efeito, a jurisdição tem como fim se substituir ao cidadão que possa querer exercitar suas próprias razões frente a um terceiro que lhe agride. A jurisdição, então, atua como poder de Estado capaz de aplicar as respostas racionais pré-estabelecidas em lei e, assim, procura substituir a possível vingança privada e irracional que possa vir da vítima. E como está inserido numa democracia na qual se deve levar em conta o outro, não pode descurar das garantias do cidadão que possa ter sido acusado de ter praticado o ato ilícito. O processo é instrumento de atuação desta jurisdição e passa a ser orientado pelo “princípio da necessidade” como bem recorda Aury Lopes Jr.:

*Porque pensamos o processo penal a partir do “princípio da necessidade”, que, como será explicado na continuação, considera que o processo penal é um caminho necessário para*

<sup>1492</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Novo Código de Processo Penal, Nova Mentalidade**. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242740455174218181901.pdf>, acesso em 29 de maio de 2104.

<sup>1493</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., p. 07.

<sup>1494</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., p. 08.

*alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal (ou, se preferirem, são as regras do jogo, se pensarmos no célebre trabalho II Processo come giuoco de CALAMANDREI).*<sup>1495</sup>

A jurisdição, então, porque é poder, deve ser orientada para evitar que a pessoa que exercite este poder dele não abuse e, assim, possa o processo penal servir de instrumento de política de um Estado Democrático e Social de Direito. Neste prisma, pode-se pensar noutro princípio unificador do sistema acusatório: o “princípio de proteção do cidadão”, razão de ser do Estado, não sendo demais repetir que aqui se refere ao Estado Democrático e Social de Direito. Como já destacou James Goldschmidt “os princípios de política criminal de uma nação não são outra coisa senão segmentos de sua política estatal em geral”, sendo o processo um “termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição”.<sup>1496</sup>

Assim, como foi pontuado acima, a gestão da prova pelas partes tem um porquê nesse sistema acusatório que ultrapassa o propósito de levar conhecimento ao juiz para que este possa julgar. A gestão da prova também deve ser lida sob o prisma principiológico de proteção do cidadão estando orientada a evitar excessos do Estado-juiz (e por isso ele deve ficar afastado da iniciativa de produção da prova) e ao mesmo tempo permitir que a proteção de bens pelo Estado-Ministério Público se efetive (e também por isso o ônus da prova é integral do Ministério Público e também por isso ele deve ser um dos gestores da prova, ao lado da defesa).

Com efeito, não obstante alguns autores ainda defendam a ideia reducionista, fruto, em grande parte, do discurso iluminista e liberal pós-Revolução Francesa do final do século XIX, de que o direito e, portanto, também o processo penal, deva servir apenas como forma de contenção do poder estatal<sup>1497</sup>, e não obstante se reconheça

<sup>1495</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Ob. cit., p.53.

<sup>1496</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal: conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1935, p. 67. Tradução nossa. No original, em espanhol: *Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución.*

<sup>1497</sup> Vide, dentre outros, KHALED JR., Salah H.. **A busca da verdade no processo penal : para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 287. Alguns sustentam esse mesmo discurso



que de fato, ainda hoje, ele exerce primordialmente esse papel, não há como insistir nessa análise apenas unilateral da orientação sistemática. Estes autores olvidam, já de início, a lógica de compreensão de que toda regra que limita o poder, também o fundamenta, o que, por si só, já implica em reconhecer o exercício de poder estatal – controlado e orientado pela proibição de excesso, por evidente – como necessário. Ademais, como se sabe e foi destacado na Seção anterior, o exercício do poder na sociedade “pós-moderna”<sup>1498</sup> deixou de ser monopólio do Estado, transitando em outras agências não-estatais, formais e informais.

Assim, para além de servir de freio para possíveis abusos do Estado, o direito também pode servir para, *contrario sensu*, permitir que o mesmo Estado exercite seu poder como forma de contenção de violação das garantias do cidadão. Ou seja, a função do direito hoje não pode ser apenas de contenção do poder do Estado, mas também de obrigar esse próprio Estado a agir na proteção dos direitos e garantias, inclusive perante terceiros, como precisamente destaca Canotilho:

*Muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido de este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais. Neste sentido o Estado tem o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos (é a ideia traduzida da doutrina alemã na fórmula ‘Schutzpflicht’). O mesmo acontece com numerosos direitos como o direito de inviolabilidade de domicílio, o direito de proteção de dados informáticos, o direito de associação. Em todos estes casos, de garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticados por terceiros. Daí o falar-se da função de proteção perante terceiros. Diferentemente do que acontece com a função de prestação, o esquema relacional não se estabelece aqui entre o titular do direito fundamental e o Estado (ou uma autoridade encarregada de desempenhar uma tarefa pública) mas entre o indivíduo e outros indivíduos.*<sup>1499</sup>

---

movidos pela ideia abolicionista do Direito Penal, a exemplo de ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 156-157.

<sup>1498</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução de Mauro Gama e de Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 30. Bauman ainda refere às variações do termo: segundo Antony Giddens: “modernidade tardia”; ou, segundo Ulrich Beck: “modernidade reflexiva”, ou, ainda, segundo Georges Balandier: “supermodernidade”.

<sup>1499</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 409.

Dentro dessa exigência do Direito servir de instrumento das garantias do indivíduo contra outros indivíduos e não apenas contra o Estado, alguns doutrinadores<sup>1500</sup>, seguindo a linha defendida por Luigi Ferrajoli, ainda procuram separar a exegese do processo penal do direito penal, dizendo, de forma um tanto reducionista, que enquanto o direito penal é destinado a proteger a vítima, o processo penal é destinado a proteger o acusado<sup>1501</sup>. Ora, tanto o direito penal tem a ver com o acusado (veja-se, por exemplo, o significado limitador do poder de punir à luz do princípio da legalidade, da anterioridade da lei penal mais benéfica, da prescrição, das excludentes de ilicitude e culpabilidade, enfim de um cabedal de regras de direito material que também protegem o cidadão acusado); quanto o processo também tem a ver com a vítima (veja-se, por exemplo, as medidas cautelares reais e pessoais, a necessidade de comunicação dos atos processuais principais à vítima, o sigilo imposto

<sup>1500</sup> v.g. KHALED JR., Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial**. Ob. cit., p. 452; CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre (Coordenador). **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, pp. 56 e ss.. Já Aury Lopes Jr. parece apresentar certa oscilação de discurso nesse ponto. Com efeito, na obra: LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica**. Ob. cit., à p. 37, diz o autor, citando Ferrajoli, *verbis*: *Por isso, Ferrajoli fala da 'ley del más débil'. No momento do crime, a vítima é o hipossuficiente e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal, opera-se uma importante modificação: o mais fraco passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusar do Estado sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena.* Já na página 61 do mesmo livro, o autor assim se posiciona: *No entanto, totalmente distinto é o tratamento do direito penal, pois, ainda que os tipos penais tenham uma função de prevenção geral e também de proteção (não só de bens jurídicos, mas também do particular em relação aos atos abusivos do Estado)...* E na página 63, citando Figueiredo Dias e Costa Andrade, afirma que *"o processo penal constitui uma instância formal de controle do crime"*. Ou seja, nestas outras duas passagens acaba reconhecendo que o direito penal não é apenas para proteger a vítima e serve à proteção do particular em relação ao Estado e o processo penal não é apenas para proteger o réu, pois atua também como *"instância formal de controle do crime"*. Porém, mais adiante, na página 68, retoma a ideia de que o processo penal visa proteger o "mais débil", lido apenas no sentido do acusado, *verbis*: *Trata-se de limitação do poder e tutela do débil a ele submetido (o réu, por evidente), cuja debilidade é estrutural (e estruturante do seu lugar). Essa debilidade sempre existirá e não tem absolutamente nenhuma relação com as condições econômicas ou sociopolíticas do imputado, senão que decorre do lugar em que ele é chamado a ocupar nas relações de poder estabelecidas no ritual judiciário.*

<sup>1501</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Ob. cit., p. 270. Diz Ferrajoli: *...o objetivo do direito penal não é passível de ser reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam. Este é, sim, a proteção do fraco contra o mais forte; do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários. Precisamente – monopolizando a força, delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados – a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo) contra as vinganças e outras reações mais severas. Sob ambos os aspectos a lei penal se justifica enquanto 'lei do mais fraco', voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte.*

para a proteção da imagem da vítima – v.g. em crimes sexuais ou com vítimas crianças e adolescentes –, o regramento de proteção às testemunhas e vítimas, a ação penal privada subsidiária da pública, a possibilidade de indenização na fixação da sentença criminal, a possibilidade de atuação como assistente do Ministério Público, a composição civil dos danos no Juizado Especial Criminal). Enfim, ainda que numa análise apressada a intenção de Ferrajoli externada na síntese que busca uma legitimação para a lei penal em favor do “mais fraco” nos dois momentos de análise da lei (no direito penal, o mais fraco é a vítima e no processo penal o mais fraco é o réu), pareça lógica e válida, essa visão igualmente desconsidera que o direito penal, sozinho, não tem o menor sentido nos dias de hoje, pois não é autoaplicável e depende justamente do processo penal para se efetivar. E o processo penal, sem o direito penal, seria um ritual para o nada. Decorre daí a importante análise de Figueiredo Dias, ao considerar que entre o direito penal e o processo penal há uma relação de “mútua complementaridade funcional”<sup>1502</sup>, no que é secundado por Taipa de Carvalho, ao também considerar uma “relação biunívoca” entre o direito penal e o direito processual penal, pois, diferente de outros ramos do direito, o “direito penal só se concretiza através do processo”<sup>1503</sup>. Claus Roxin igualmente refere às diversas funções do processo penal que deve ser estruturado dialeticamente envolvendo interesses contrapostos da acusação e da defesa, e que visa a fins complexos: a condenação do culpado, a proteção do inocente, a legalidade do procedimento e a estabilidade jurídica da decisão<sup>1504</sup>. À síntese de Gómez Orbaneja<sup>1505</sup>, também referida por Aury Lopes Junior<sup>1506</sup>, ao dizer que “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”, se acrescentaria: nem tampouco tudo isso se não for para prevenir delitos e proteger o cidadão-vítima.

Portanto, ainda que se possa compreender o processo penal como sendo primordialmente um instrumento de contenção de poder e, também prioritariamente,

<sup>1502</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Ob. cit., p. 32.

<sup>1503</sup> CARVALHO, Américo Taipa de. **Sucessão das Leis Penais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 212.

<sup>1504</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Ob. cit., p. 4.

<sup>1505</sup> GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. **Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tomo I**. Barcelona: Bosch, 1951, p. 27.

<sup>1506</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Ob. cit., p. 22.

um conjunto de garantias para o acusado, não há como olvidar sua outra faceta, de instrumentalização do direito penal à luz do “princípio da necessidade” e, portanto, também de contenção de abusos, inclusive daqueles que possam se originar do cidadão acusado, em favor da proteção dos direitos fundamentais dos demais cidadãos-vítimas, ou seja, opera também no plano horizontal, das relações entre cidadãos e não apenas destes com o Estado. O processo penal, então, também exerce uma função político-criminal semelhante à função preventiva da pena. O risco é que ele o faz mediante “medidas de segurança pré-condenatórias” como refere Maria Fernanda Palma, e isso, em certa medida, acaba implicando numa violação da presunção de inocência, razão pela qual a autora sugere que ele só se legitima “até ao ponto em que o Processo Penal funcione como controlo das reacções privadas expressivas das pretensões individuais e sociais e realize a elevação da discussão sobre o crime concreto para um plano de diálogo entre o arguido e a sociedade”<sup>1507</sup>.

Nesse sentido, analisando o texto da Constituição brasileira não é preciso muito esforço para compreender que ela sendo o resultado documentado desse modelo de Estado Democrático e Social de Direito, determina a proteção dos direitos fundamentais por dois mecanismos paralelos e extremos: de um lado, o faz através da proibição de excesso e, de outro, através da proibição de proteção insuficiente. E aí se espelham os princípios<sup>1508</sup> que devem orientar as balizas de interpretação do sistema acusatório de processo penal, os quais são justamente integrados pelas funções de dupla garantia – repita-se – da proibição de excesso e da proibição de proteção insuficiente.

A primeira baliza de compreensão funcional e de exegese do processo penal, portanto, está relacionada ao princípio de proibição de excesso, o qual visa proteger o

---

<sup>1507</sup> PALMA, Maria Fernanda. O Problema do Processo Penal. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Organizadas pela Faculdade de Direito de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut. Coordenação Maria Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 41-53.

<sup>1508</sup> Não se descarta da diferenciação traçada entre “princípios” e “postulados” por parte da doutrina nacional, notadamente a partir do trabalho de ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 96. Ainda que este autor trabalhe com a ideia de que “os postulados não se enquadram na definição nem de regras nem de princípios segundo o modelo tradicional” e, ainda que alguns autores importantes de processo penal, a exemplo de OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed., ob. cit., p. 33, prefira a noção de postulado ao tratar da “máxima efetividade dos direitos fundamentais” e da “proibição de excesso”, preferimos considera-los como princípios, nos moldes de Dworkin e Lênio Streck, isto é, como normas, de cunho deontológico, dever ser.

cidadão contra possíveis abusos do Estado, limitando-o em seu agir a partir de seus regramentos. Neste sentido a lição merece destaque a colocação de Jacinto Coutinho:

*Ninguém desconhece que um processo de cariz acusatório faz sobressair os direitos e garantias individuais e, diante dos casos penais, acaba por salientar a proibição de excesso (art. 5º). Está-se em consonância com a CR/88.*

*A cultura acusatória, do seu lado, impõe aos juízes o lugar que a Constituição lhes reservou e de importância fundamental: a função de garante! Contra tudo e todos, se constitucional, devem os magistrados assegurar a ordem posta e, de consequência, os cidadãos individualmente tomados. À ordem de prevalência, nesta dimensão, não se tem muito o que discutir, mormente porque não há direito coletivo mais relevante que aqueles fundamentais dos cidadãos.*

*Deve-se ver com parcimônia, portanto, toda a grande disputa que se levou à ribalta entre os direitos individuais e os coletivos (da sociedade, como um todo), mormente porque em um Estado de democracia tardia, a figura do juiz é imprescindível para o cidadão, com frequência vilipendiado em seus direitos e infinitamente mais fraco, por sinal como projetado pelos contratualistas, embora não se possa ingenuamente asseverar sem restrições, em relação a todos, coisa do gênero. A isonomia, porém, não se faz distinção entre os cidadãos e isso é imprescindível para se deitar a luz constitucional sobre todos.*<sup>1509</sup>

Assim, em termos de processo penal não é razoável que se admita, por exemplo, um mandado de busca e apreensão de natureza genérica, como aquele expedido por um Juiz no Rio de Janeiro autorizando a polícia a ingressar em qualquer residência de uma determinada área (Parque União e Nova Holanda, no Complexo da Maré<sup>1510</sup>) em busca de quaisquer objetos que julgassem pertinentes. Essa permissividade, que não guarda direta relação com o princípio dispositivo e a gestão da prova pelo juiz, pois o pedido partiu da polícia ou do Ministério Público, viola o princípio da proibição de excesso no agir estatal. O mesmo princípio ainda trabalha com o norte exegético de se admitir uma medida legislativa apenas quando, nos dizeres de

<sup>1509</sup> COUTINHO, Jacinton Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., pp. 15-16.

<sup>1510</sup> Sobre o tema vide inúmeras reportagens na mídia: Jornal O Globo. Justiça expede mandado coletivo e polícia pode fazer buscas em todas as casas do Parque União e da Nova Holanda. In: **Jornal O Globo**, 29 de março de 2014, disponível em <http://extra.globo.com/casos-de-policia/justica-expede-mandado-coletivo-policia-pode-fazer-buscas-em-todas-as-casas-do-parque-uniao-da-nova-holanda-12026896.html#ixzz2zdpkquU5>, acesso em 22 de abril de 2014.

Canotilho, “não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos “coativo”, relativamente aos direitos restringidos” e se constitui como “um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador”<sup>1511</sup>. O mesmo princípio também orienta no sentido de não ser admissível restrição de direitos “em nome de interesses públicos não constitucionalmente protegidos”<sup>1512</sup>. Também se procura evitar nessa seara da proibição de excesso a presença do paradigma filosófico da consciência que desemboca na discricionariedade judicial, hoje ainda fortemente estampada numa espécie de tradição inautêntica que decorre da má-compreensão dos princípios da “livre apreciação da prova” e “do livre convencimento do juiz”.

Vem daí uma série de garantias orientadas pela proibição de excesso e previstas nos demais princípios reitores do artigo 5º da Constituição da República, que conduzem ao fechamento do sistema acusatório do processo penal constitucional brasileiro nesse plano: a proibição da tortura (III<sup>1513</sup>), a proteção da intimidade e da vida privada, honra e imagem (X<sup>1514</sup>), a liberdade de locomoção e o direito ao *habeas corpus* (XV<sup>1515</sup> c.c. LXVIII<sup>1516</sup>), o devido processo legal (LIV<sup>1517</sup>), o monopólio e a necessidade da jurisdição penal (inciso LIII<sup>1518</sup>), a proibição de provas ilícitas (LVI<sup>1519</sup>),

<sup>1511</sup> CANOTILHO, JJ. Gomes. Ob. cit., p. 457.

<sup>1512</sup> CANOTILHO, JJ. Gomes. Ob. cit., p. 458.

<sup>1513</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

<sup>1514</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>1515</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

<sup>1516</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) LXVIII - conceder-se-á “*habeas corpus*” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

<sup>1517</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>1518</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

<sup>1519</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

a presunção de inocência (LVII<sup>1520</sup>), as garantias de ampla defesa e contraditório no processo penal (inciso LV<sup>1521</sup>), o juiz natural (XXXVII<sup>1522</sup> c.c. LIII<sup>1523</sup>), o tribunal do júri para crimes dolosos contra a vida (XXXVIII<sup>1524</sup>), a publicidade (XXXIII<sup>1525</sup> c.c. LX<sup>1526</sup> e c.c. art. 93, IX) e o direito ao silêncio (LXIII<sup>1527</sup>), ampliado pelo princípio da não autoincriminação (Pacto de San José da Costa Rica, art. 8, 2, “g”<sup>1528</sup>). Ainda complementam essa vertente o princípio da inércia jurisdicional (implicitamente extraído do art. 129, I<sup>1529</sup>), bem como nova referência à publicidade e a necessidade de fundamentação das decisões estampados no inciso IX, do art. 93 da Constituição<sup>1530</sup>.

<sup>1520</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: LVII - *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*

<sup>1521</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) LV – *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

<sup>1522</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) XXXVII - *não haverá juízo ou tribunal de exceção;*

<sup>1523</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) LIII - *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;*

<sup>1524</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) XXXVIII - *é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:*

*a) a plenitude de defesa;*

*b) o sigilo das votações;*

*c) a soberania dos veredictos;*

*d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;*

<sup>1525</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) XXXIII - *todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;*

<sup>1526</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) LX - *a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;*

<sup>1527</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) LXIII - *o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;*

<sup>1528</sup> BRASIL. **Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos). Decreto 678/1992.** In: BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal.** Ob. cit., p. 743: Art. 8. (...) 2. (...) g) *direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.*

<sup>1529</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 129. *São funções institucionais do Ministério Público:*

*I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;*

<sup>1530</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988:

*Art. 93. (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às*

A segunda baliza de orientação do sistema acusatório no Estado Democrático e Social de Direito brasileiro, que fecha o sistema no plano inverso, é o princípio da proibição de proteção insuficiente. Vale referir que essa segunda baliza fica melhor delimitada como “proibição de proteção *insuficiente*”, isto é, que não se basta, escassa, falha, ao invés de utilizar a expressão mais usual na doutrina que é “proibição de proteção *deficiente*”, pois quando se refere a proibição de proteção “deficiente”, remete imediatamente ao seu contrário, isto é, a “eficiência”, a qual lida como um princípio orientador do processo penal pode ser perigosa. Em nome da “eficiência” – compreendida sob a ótica economicista neoliberal que norteia esses tempos “pós-modernos”<sup>1531</sup> – pode-se premiar os resultados em detrimento dos meios, diminuindo ou até mesmo eliminando as garantias dos acusados, o que não se quer. Com efeito, na visão econômica há leituras que consideram a “eficiência” como “o melhor caminho para assegurar o máximo de crescimento”<sup>1532</sup>, ou para assegurar o melhor resultado, e aí, transportada essa forma de orientação econômica para o processo penal, esse “resultado” pode ser lido pelo prisma de “maior diminuição de desvios de comportamentos”, o que colidiria com a proibição de excesso que deve prevalecer como princípio. Portanto, aqui, é preferível utilizar a expressão “proibição de proteção insuficiente”, isto é, a proteção dos cidadãos pelo Estado não pode ser de tal ordem que se revele insuficiente, escassa, falha, omissa.

Nesse plano, o sistema acusatório encontra na Constituição da República brasileira os seguintes princípios constitucionais complementares: a possibilidade de

---

*próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.*

<sup>1531</sup> Sobre este enfoque vide, dentre outros: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Cernelutti, para os Operadores do Direito**. Ob. cit., p. 90; CHOUKR, Fauzi Hassan. Modelos Processuais Penais: apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória. In: **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coordenadores). Salvador: Editora Jus Podium, 2013, pp. 187-197, p. 190; FARIA, José Eduardo. **Direito e Economia na Democratização Brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 12.; AVELÃS NUNES, A. J. **Noção e Objecto da Economia Política**. 2ª reimpressão da 2ª edição de 1996. Coimbra: Almedina, 2006; e COELHO, Fábio Ulhoa. A Análise Econômica do Direito. In: SUNFELD, Carlos Ari e outros. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PUC/SP**. São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 155.

<sup>1532</sup> AVELÃS NUNES, A. J. **Noção e Objecto da Economia Política**. Ob. cit., p. 79.



ação penal privada subsidiária (LIX<sup>1533</sup>), a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (LXVIII<sup>1534</sup>), a possibilidade de prisão em flagrante (XI<sup>1535</sup> c.c. LXI<sup>1536</sup>), a inafiançabilidade para crime de racismo (XLII<sup>1537</sup>), para crimes hediondos e equiparados (XLIII<sup>1538</sup>), e para ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (XLIV<sup>1539</sup>), a possibilidade de prisão cautelar (LXI<sup>1540</sup> c.c. LXVI<sup>1541</sup>), a possibilidade de interceptação de comunicação telefônica e a possibilidade de expedição de mandado de busca e apreensão (XI<sup>1542</sup>), complementados pelo princípio da oficialidade, consignado na regra do monopólio da ação penal de natureza pública pelo Ministério Público (art. 129, I).

<sup>1533</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) LIX - *será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;*

<sup>1534</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) LXVIII - *conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;*

<sup>1535</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) XI - *a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;*

<sup>1536</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) LXI - *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;*

<sup>1537</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) XLII - *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;*

<sup>1538</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) XLIII - *a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;*

<sup>1539</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) XLIV - *constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;*

<sup>1540</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) LXI - *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;*

<sup>1541</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) LXVI - *ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;*

<sup>1542</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 5º (...) XI - *a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;*

Como se vê, portanto, o Estado também deve agir para proteger o cidadão, sem que isso tenha que ser lido sob a ótica pejorativa do signo “inquisitório”, e o processo penal não deixa de ser instrumento político complementar também nessa perspectiva. Assim, se é certo que o processo penal deve ser utilizado como freio a possível arbítrio estatal e por isso as garantias para o acusado são fundamentais, também é certo que ele deve, em certa medida e numa interpretação circular com as ideias fundantes e o princípio unificador somado aos demais princípios reitores, analisado de forma restritiva quanto ao alcance, porém necessária, atuar para garantir a segurança do cidadão. Por isso a preocupação do constituinte brasileiro refletiu em conjugar no *caput* do artigo 5º, ou seja, justamente no artigo que trata dos direitos e garantias, lado a lado, vida, liberdade e segurança.

É a partir dessa harmonização entre as duas vias de contenção, do Estado e pelo Estado, que se identificam os princípios que complementam e também unificam o sistema acusatório do processo penal constitucional brasileiro: proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente.

**Parte III – Desvinculando-se da tradição hermenêutica inautêntica da “busca da verdade real” e enfrentando o problema neopositivista da discricionariedade judicial no processo penal.**

*Basta ver que se as partes propõem meios de provas para esclarecer o juiz, é evidente que tal esclarecimento deve ser feito por ele se elas não conseguem se desincumbir de sua função. Assim, se alguém arrola uma testemunha – como já deveria ser hoje – ele, o juiz, espera que as partes façam as suas perguntas a fim do esclarecimento pretendido. Se isso não vier, por que ele não poderia perguntar também, depois?*  
(JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO)<sup>1543</sup>

Do quanto se apresentou na Primeira Parte deste trabalho ficou possível compreender que a busca da verdade real não pode servir de norte a legitimar a atividade probatória do juiz. Em compensação, também é possível situar que não é a discussão em torno da busca da verdade formal, possível, judicial, consensual ou, ainda, analógica, o tema mais relevante que deve nortear as discussões no processo penal, mas sim a possibilidade de promover-se, como refere Cordero, a “captura psíquica do magistrado”<sup>1544</sup>, diminuindo sua discricionariedade e visando convencê-lo a acolher e decidir (e não a simplesmente “escolher livremente”<sup>1545</sup>) na linha da tese sustentada por uma das partes. Só aí é que se permitirá que o processo penal se livre do paradigma filosófico da consciência e da metafísica clássica de busca de uma essência e se estruture pelo paradigma filosófico da linguagem e da intersubjetividade, nos moldes do giro linguístico ôntico-ontológico proposto por Heidegger e Gadamer, igualmente defendido por Lenio Streck no Brasil.

Preparando o terreno para análise a ser feita nesta Terceira Parte, a qual procura se afastar igualmente dos preconceitos absolutos moldados pelas tradições inautênticas dos sistemas processuais penais “puros”, na Segunda Parte da tese foi

<sup>1543</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório e Outras Questões Sobre a Reforma Global do CPP. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho (Organizadores) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. Volume 2**. Ob. cit., p. 21.

<sup>1544</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Ob. cit., p. 194.

<sup>1545</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto? Decido Conforme a Minha Consciência**. Ob. cit., p. 106.

explicado que a construção dicotômica dos sistemas processuais “puros” em acusatório ou inquisitório, além de se inserir numa pretensão de pureza científica própria do positivismo do século XIX, não guarda correspondência histórica segura e tem servido mais de *slogam* discursivo com sobrecarga epistêmica. Mesmo assim, considerando que esse discurso da dicotomia sistêmica ainda desempenha um papel positivo no direito brasileiro pós Constituição de 1988, na medida em que é visto por parcela importante da doutrina moderna de processo penal como mecanismo capaz de dar efetividade aos dispositivos constitucionais, segue-se vinculado a ele, com os ajustes de compreensão propostos para o atual Estado Democrático e Social de Direito. Portanto, ao se revolver o chão linguístico do discurso dos sistemas acusatório *versus* inquisitório em suas pretensões de “pureza”, na Segunda Parte da tese se criaram as condições de possibilidade de igual desvinculação do preconceito de enxergar a questão do papel do juiz no momento da produção da prova sob o rótulo pejorativo de “inquisitório”.

Na Segunda Parte, então, se desvelaram aspectos que estavam historicamente camuflados e que, uma vez vindos à tona – e revelando os equívocos das premissas de interpretação sistemática radical – autorizam a compreensão de que o sistema processual penal acusatório brasileiro deve levar em conta se é conveniente, ou não, o juiz interferir na produção probatória e, em caso positivo, em qual grau e de que forma.

Com efeito, ao se retirar o Véu de Maia da dicotomia sistemática “pura”, que obnubilava a visão do intérprete e não lhe permitia ver o que vai além desse discurso, isto é, ao compreender que muito mais importante até mesmo do que o rótulo de acusatório ou inquisitório, o que importa é, de um lado, minimizar e evitar os espaços de discricionariedade judicial, particularmente no momento decisório que ocorre no presente da audiência de instrução, ampliando-se a efetividade do contraditório e ampla defesa neste importante momento processual e afastando o processo do paradigma filosófico da consciência, e, de outro, dar efetividade ao paradigma da intersubjetividade no sistema já democraticamente incorporado na Constituição da República brasileira. Só assim é possível enxergar a complexidade do processo e do papel do juiz de fora no que se pretende de sistema acusatório orientado pelo Estado Democrático e Social de Direito, o que permite compreendê-lo sob outro ângulo,

provocando uma “visão em paralaxe”, para emprestar o “método” de Slavoj Zizek<sup>1546</sup>. Com o deslocamento do ponto de observação em relação ao discurso dicotômico dos sistemas acusatório *versus* inquisitório, permite-se, agora, uma nova linha de visão na qual se consegue enxergar aspectos relevantes nessa questão que até então estavam escondidos pelo preconceito do rótulo de “inquisitório”.

E, somente ao se admitir essa mudança de foco, que se vê como possível avançar para um sistema processual penal acusatório que seja ajustado às duas balizas interpretativas do processo penal democrático (proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente), inclusive quanto ao papel do juiz na questão da prova.

Nessa medida, o que resta de relevante é saber como evitar que o protagonismo judicial possa continuar a dar as cartas no processo penal, seja o juiz inerte, seja ativo.

Ampliar a efetividade das garantias processuais de contraditório e da ampla defesa, vistas como instrumentos de constrangimento do excesso epistemológico da evidência, diminuindo os pontos cegos<sup>1547</sup> na produção da prova, para usar os paradigmas de relevância das preocupações de Rui Cunha Martins<sup>1548</sup> e, nessa medida, diminuir a discricionariedade judicial na valoração da prova, é o cerne desta Terceira Parte.

<sup>1546</sup> ZIZEK, Slavoj. **A Visão em Paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina, São Paulo: Boitempo, 2008, p. 32, *verbis*: A definição padrão de paralaxe é: o deslocamento aparente de um objeto (mudança de sua posição em relação ao fundo) causado pela mudança do ponto de observação que permite nova linha de visão.

<sup>1547</sup> A questão do “ponto cego” é trabalhada por vários pensadores como, por exemplo: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Ob. cit., p. 247; LACAN, Jacques. Do Olhar Como Objeto a Minúsculo. In: **O Seminário. Livro 11. Os Quatro Conceitos Fundamentais da Psicanálise**. Tradução de M. D. Magno, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, pp. 69 e ss; MERLEAU-PONTY, Maurice. **O Visível e o Invisível**. Tradução de José Artur Gianotti e Armando Mora d'Oliveira. São Paulo: Perspectiva, 2009; ZIZEK, Slavoj. **A Visão em Paralaxe**. Ob. cit., p. 32; FOUCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas**. 9ª ed., tradução de Salma Tannus Muchail, São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 68 e ss.; LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução do alemão para o espanhol de Javier Torres Nafarrete, Cidade do México: Herder, Universidad Iberoamericana, 2006, p. 889.

<sup>1548</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. Ob. cit., pp. 01 e ss..

## **Capítulo I – O mecanismo decisório do juiz “ser-no-mundo”.**

*Em termos bakhtianos a questão democrática passa através dos mecanismos pelos quais podem tornar-se escritíveis (abertos) os centros de decisão. Passa por uma concepção sem preconceitos (amoral) da democracia.*

(LUIZ ALBERTO WARAT)<sup>1549</sup>

Seguindo a linha primordial de proibição de excesso no exercício do poder, o sistema acusatório de processo penal brasileiro deve guardar preocupação com a possibilidade do juiz agir abusivamente na tomada de decisão a respeito do caso penal, seja na interpretação do direito, seja na produção e valoração da prova.

Minimizar/eliminar os campos de discricionariedade judicial tem sido a preocupação da doutrina desde o positivismo exegético até os dias de hoje e, como se sabe, inúmeras propostas de solução já foram aventadas, mas a maioria delas não consegue escapar da brecha solipsista.

Quem propõe importante modelo hermenêutico de cunho não relativista na interpretação da lei é Lenio Luiz Streck, com sua Crítica Hermenêutica do Direito, na qual promove uma fusão de horizontes entre a filosofia de Heidegger e Gadamer, com as ideias de coerência, integridade e responsabilidade política do juiz, desenvolvidas por Ronald Dworkin.

Nessa quadra, Lenio prega a necessidade do juiz, na interpretação da lei, levar em conta que suas pré-compreensões de mundo são estruturantes, compartilhadas intersubjetivamente e que ele deve deixar de lado seus pré-conceitos (estes, lidos em seu sentido negativo), agindo com integridade e coerência com o quanto já se produziu de sentidos antes, sem descuidar do que o resultado da interpretação possa gerar de consequências futuras. O juiz deve ter a responsabilidade política na interpretação, deixando seus valores pessoais e sua moral *a latere* da interpretação da lei. A questão é saber em qual medida isso é alcançado e se, de fato, é possível desconsiderar questões trazidas pela Psicanálise e pela Psicologia Cognitiva.

---

<sup>1549</sup> WARAT, Luís Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. Ob. cit., p. 106.

A discussão que se propõe nesta Terceira Parte se inicia, portanto, deixando clara a diferença entre “pré-compreensão” e “pré-conceito” – até porque alguns autores insistem em tratá-las como se fossem sinônimos –, para depois ingressar na discussão a respeito da possibilidade de se empregar apenas a Hermenêutica Filosófica também no momento da produção e valoração da prova pelo juiz. Nesse caminho se discutirá como pode operar o processo decisório do juiz ser-no-mundo, visando explicitar algumas tradições inautênticas no mecanismo de pré-compreensão processual penal e procurando demonstrar até que ponto é arriscado desconsiderar o inconsciente e a possibilidade do juiz manter seus pré-conceitos, mesmo sendo “treinado” para suspendê-los, notadamente no momento da produção e valoração da prova em audiência, propondo solução inédita para o papel do juiz no processo penal brasileiro.

### **Seção I – Diferenciação hermenêutica entre pré-compreensão e pré-conceito e a importância das perguntas no processo hermenêutico de compreensão.**

*Daí a pergunta que a hermenêutica repete indefinidamente: de que modo um processo lógico-argumentativo pode “acontecer” sem a pré-compreensão (atenção: pré-compreensão e não “preconceito”)? Eis o “enigma” proposto por Ernst Schnadelbach, na esteira de Heidegger e Gadamer: o problema do sentido se situa antes do problema do conhecimento.*

(LENIO LUIZ STRECK)<sup>1550</sup>

Uma das questões que merece ser bem compreendida na discussão do processo hermenêutico do juiz ser-no-mundo e, assim, de seu modo de decidir é a diferença hermenêutica entre “pré-compreensão” e “pré-conceito”. Com efeito, muitas vezes percebe-se que alguns autores tratam as duas expressões como se fossem sinônimos e isso precisa ser desvelado.

Dos que fazem essa confusão conceitual, destaca-se Daniel Sarmento<sup>1551</sup>, de cujo texto se extraem as seguintes passagens reveladoras de sua mescla de sentidos:

<sup>1550</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. Ob. cit., p. 234.

<sup>1551</sup> SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo

*A doutrina contemporânea tem enfatizado, com inteira razão, o papel central que a pré-compreensão assume na interpretação da Constituição. Até aqui, nenhum problema. Contudo, quando se passa da descrição para a prescrição, a aposta na pré-compreensão como limite para o decisionismo judicial parece um grave equívoco, sobretudo diante do fato de que, no quadro de uma sociedade plural e fragmentada como a nossa, coexistem múltiplas visões de mundo disputando espaço. Além disso, o estigma e a desigualdade têm raízes profundas na cultura e nas práticas sociais brasileiras – logo, nas pré-compreensões dos nossos intérpretes.*<sup>1552</sup>

(...)

*Em primeiro lugar, há o fato de que vivemos num mundo plural, complexo e “desencantado”, em que não há mais uma única pré-compreensão em cada sociedade, mas múltiplas cosmovisões que coabitam no mesmo espaço-tempo, algumas delas absolutamente conflitantes. Neste cenário de fragmentação axiológica, torna-se muitas vezes difícil fundar a legitimidade das decisões estatais – sobretudo as judiciais – em um “ethos” comum, na medida em que as pessoas não compartilham necessariamente as mesmas crenças e visões de mundo.*

(...)

*E aí entra o segundo ponto: se não há uma única pré-compreensão socialmente aceita, o que acaba restando são as diferentes pré-compreensões individuais de cada intérprete, pautadas pelos seus valores e psiquismo. Nesse contexto, prescrever a fidelidade à pré-compreensão na hermenêutica jurídica significa liberar o arbítrio individual de quaisquer amarras.*<sup>1553</sup>

(...)

*Se o poder e a opressão estão instalados nas entranhas da pré-compreensão, onde têm a sua morada, por exemplo, a hierarquização social, a estigmatização do diferente, o racismo, o sexismo e a homofobia, dentre outras tantas patologias, tomar a pré-compreensão como norte na hermenêutica jurídica, sem submetê-la ao crivo de uma razão crítica e desconfiada é chancelar o “status quo” cultural e legitimar a injustiça, em nome do Direito e da Constituição*<sup>1554</sup>.

Como se vê dos trechos acima reproduzidos, Daniel Sarmento considera que “pré-compreensão” seria o mesmo que “pré-conceito”, ambas lidas no sentido negativo desta última expressão, isto é, o autor considera que ambas equivaleriam às

---

(Organizadores). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, pp. 311 e ss..

<sup>1552</sup> SARMENTO, Daniel. *Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete*. Ob. cit., p. 312.

<sup>1553</sup> SARMENTO, Daniel. *Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete*. Ob. cit., p. 314.

<sup>1554</sup> SARMENTO, Daniel. *Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete*. Ob. cit., p. 315.



subjetividades e diversas visões de mundo, o que o leva a criticar a hermenêutica filosófica. Com essa fusão, dá a entender que não compreende que no plano hermenêutico, a “pré-compreensão” é algo estruturante, equivalendo aos horizontes de sentidos compartilhados por todos os que vivem numa determinada comunidade linguística, e é vista como condição de possibilidade de compreensão de mundo, muito diverso do que os chamados “pré-conceitos”, os quais são variáveis de pessoa a pessoa.

Conforme explica Lenio Streck, Heidegger “desloca a questão da hermenêutica em direção a uma nova ontologia, de uma ontologia fundamental, no interior da qual o “ser” é pensado não da perspectiva de um ente absoluto e eterno, mas, sim, nas estruturas precárias e finitas da própria condição humana (a faticidade do *Dasein*, seu modo-de-ser-no-mundo)”<sup>1555</sup>. Assim, prossegue Lenio, “há estruturas que se situam antes de qualquer aporte metodológico que já constituem conhecimento. E mais! São estas estruturas que determinam os espaços intersubjetivos de formação de mundo”<sup>1556</sup>. Portanto, a Hermenêutica Filosófica considera que não obstante o ser humano seja ser-no-mundo e esteja inserido em sua faticidade própria, o ato de interpretar independe de regionalismos ou de múltiplas visões de mundo, possuindo um caráter de universalização que evita discricionariedades e decisionismos<sup>1557</sup>.

A Hermenêutica Filosófica, como o nome indica e Lenio explica, é “filosofia” e não “argumentação”, e opera num “nível de racionalidade I, que é estruturante” (o “como” hermenêutico), ao passo que as teorias da argumentação “atuam a partir de um vetor de racionalidade de segundo nível, ficando no plano lógico e não filosófico” (o “como” apofântico)<sup>1558</sup>. Heidegger explica que “o ‘como’ constitui a estrutura do expressamente compreendido; ele constitui a interpretação. O modo de lidar da circunvisão e interpretação com o manual intramundano, que o ‘vê’ ‘como’ mesa, porta, carro, ponte, não precisa necessariamente expor o que foi interpretado na circunvisão num ‘enunciado’ determinante”<sup>1559</sup>. Ao olhar para as coisas, já se tem, de antemão, um

<sup>1555</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Ob. cit., p. 465.

<sup>1556</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Ob. cit., p. 465.

<sup>1557</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed., São Paulo: RT, 2013, p. 231.

<sup>1558</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. Ob. cit., p. 232.

<sup>1559</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 210.

dado preliminar sobre elas, compartilhado na linguagem, pois a “interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia” e, assim, “a interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições”<sup>1560</sup>. É a partir daqui que “algo se torna compreensível como algo”, no qual o que é compreendido não é o sentido, mas o ente e o ser”<sup>1561</sup>. Como esclarece Ernildo Stein, “quando dizemos que o acesso aos objetos se faz pela clivagem do significado, pela via do significado, dizemos que o nosso acesso aos objetos é sempre um acesso indireto. Nós chegamos a algo, “mas enquanto algo”<sup>1562</sup>. Chega-se ao objeto como um objeto que simboliza algo. Stein dá um exemplo de Heidegger: “não conhecemos uma cadeira em sua plenitude como objeto na nossa frente, enquanto ela está aí, mas enquanto um objeto no qual podemos sentar, a cadeira enquanto cadeira”<sup>1563</sup>. E o mesmo Stein retoma esse exemplo noutro texto, esclarecendo que a cadeira “tem quatro pernas, parafusos, é feita de tal material, etc., contudo sobre ela nos sentamos. Quer dizer, percebemos esse caráter ôntico, restrito à descrição empírica da cadeira, mas há, ao mesmo tempo, uma compreensão do ser da cadeira e de nós mesmos, há uma relação que se estabelece entre ambos, que não se restringe à descrição empírica”<sup>1564</sup>.

Heidegger, então, explica que ele chama de “como” hermenêutico-existencial o ‘como’ originário da interpretação que compreende numa circunvisão, em contraste ao ‘como’ apofântico do enunciado”<sup>1565</sup>. Stein mais uma vez esclarece o pensamento heideggeriano dizendo que “existem dois modos de compreender: o compreender de uma proposição e o compreender anterior que é já sempre saber como se está no mundo”. Pondera, então, que “o compreender é uma qualidade do ser humano, mas não é uma qualidade natural” e que “podemos imaginar que existe um *logos* que se bifurca: o *logos* da compreensão da linguagem, que comunica” (que Heidegger chama de *logos* apofântico) “e o *logos* no qual se dá o sentido que sustenta a linguagem”(que Heidegger chama de *logos* hermenêutico).

<sup>1560</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 211.

<sup>1561</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., pp. 212 e 213.

<sup>1562</sup> STEIN, Ernildo. **Aproximações Sobre Hermenêutica**. 2ª ed., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 20.

<sup>1563</sup> STEIN, Ernildo. Ob. cit., p. 21.

<sup>1564</sup> STEIN, Ernildo. **Analítica Existencial e Psicanálise. Freud – Binswanger – Lacan – Boss. Conferências**. Ijuí: Editora Unisul, 2012, p. 108.

<sup>1565</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 220.

Ernildo Stein ainda esclarece que não apenas a proposição, mas também “o mundo também tem uma estrutura de algo enquanto algo” e, assim, “nossa compreensão do mesmo modo tem a estrutura de algo como algo”. Desta forma, explica Stein, sempre temos que interpretar de alguma maneira e por esta via “sempre chegamos a algo como algo, isto é, a linguagem traz em si um duplo elemento, um elemento lógico-formal que manifesta as coisas na linguagem, e o elemento prático de nossa experiência de mundo anterior à linguagem, mas que não se expressa senão via linguagem, e este é o “como” e o “logos hermenêutico””. “O como hermenêutico é o como do mundo, e o outro, o como apofântico é o como do discurso”<sup>1566</sup>.

Em outras palavras, agora com Lenio, a hermenêutica “atua no âmbito da intersubjetividade (S-S), enquanto as teorias procedurais (como a teoria da argumentação jurídica) não superariam o esquema sujeito-objeto (S-O)”<sup>1567</sup>.

Seguindo essa trilha heideggeriana, Gadamer considera que “toda compreensão pressupõe uma relação vital do intérprete com o texto, uma relação prévia com o tema mediado pelo texto”, esclarecendo que o teólogo Rudolf Bultmann<sup>1568</sup> deu o nome de “pré-compreensão” a essa pressuposição hermenêutica, “porque evidentemente não é produto do procedimento compreensivo, mas é anterior a ele”<sup>1569</sup>.

Nessa quadra, quando o hermeneuta vai interpretar algo ele não parte de um “grau zero de sentidos”, ao contrário, vale-se das pré-compreensões compartilhadas para se permitir compreender o que vê.

Então, pré-compreensão é algo estruturante, que se tem antes e que permite entender o mundo. Como refere Heidegger, o ser-no-mundo é lançado (“jogado”) num mundo pré-dado, pré-concebido, numa linguagem própria e prévia; enfim, numa cultura pré-existente<sup>1570</sup>. A linguagem, portanto, é condição de possibilidade de compreensão do mundo. A pré-compreensão refere-se a essa capacidade de se ter previamente introjetado dados linguísticos que são condições de possibilidade de comunicação e

<sup>1566</sup> STEIN, Ernildo. Ob. cit., p. 21.

<sup>1567</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. Ob. cit., p. 232.

<sup>1568</sup> BULTMANN, Rudolf. O Problema da Hermenêutica. In: BULTMANN, Rudolf. **Crer e Compreender: ensaios selecionados**. Tradução de Walter Schlupp, Walter Altmann e Nélcio Schneider, São Leopoldo: Sinodal, 2001, pp. 287 e ss..

<sup>1569</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 434.

<sup>1570</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., pp. 206 e ss. e pp. 209 e ss..

entendimento. Não se interpreta para compreender, mas, ao contrário, se compreende para interpretar<sup>1571</sup>. A interpretação é a explicitação do compreendido<sup>1572</sup>, que se dá como resultado do círculo hermenêutico, como refere Heidegger<sup>1573</sup>. Lenio Streck dá o exemplo heideggeriano para esclarecer como opera a pré-compreensão hermenêutica: “quando olho para um lugar e vejo um fuzil, é porque antes disso eu já sei o que é uma arma”<sup>1574</sup>.

Enfim, compreende-se o mundo a partir da pré-compreensão linguística. Interpreta-se o mundo, portanto, inserido nessa finitude que é própria de cada um, em cada momento histórico, levando em conta a pré-compreensão que limita a possibilidade de interpretação.

Lenio Streck explica que “a linguagem sempre nos precede; ela nos é anterior. Estamos sempre e desde sempre nela”<sup>1575</sup>. Assim, prossegue Lenio, a “centralidade da linguagem, isto é, sua importância de ser condição de possibilidade, reside justamente no fato de que o mundo somente será mundo, como mundo, se o nomearmos, é dizer se lhe dermos sentido como mundo. Não há mundo em si. O mundo e as coisas somente serão (mundo, coisas) se forem interpretados (como tais)”<sup>1576</sup>.

Por isso é que não há “grau zero de sentido” na compreensão. Para compreender algo deve-se possuir uma “pré-compreensão” linguística, que, repita-se, é estruturante do ser-no-mundo, que se constitui de um horizonte partilhado de sentidos e sem o qual não se compreende.

No campo jurídico essas pré-compreensões também atuam, apresentando-se, para além da linguagem em si, também através de “*standards* significativos destinados ao consumo da comunidade jurídica”<sup>1577</sup>.

<sup>1571</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 209 e p. 213; e também STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Ob. cit., p. 468.

<sup>1572</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 503.

<sup>1573</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., pp. 209 e ss.

<sup>1574</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. Ob. cit., p. 217.

<sup>1575</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Ob. cit., p. 203.

<sup>1576</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Ob. cit., pp. 203-204.

<sup>1577</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Ob. cit., p. 240.

Já quando se fala em “pré-conceitos” a colocação é dada noutro sentido, isto é, no sentido negativo do qual refere, por exemplo, Norberto Bobbio ao dizer que os pré-conceitos seriam “uma opinião ou um conjunto de opiniões, às vezes até mesmo uma doutrina completa, que é acolhida acrítica e passivamente pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade de quem aceitamos as ordens sem discussão”<sup>1578</sup>. E complementa, dizendo que a aceitamos:

*“acríticamente” e “passivamente”, na medida em que a aceitamos sem verificá-la, por inércia, respeito ou temor, e a aceitamos com tanta força que resiste a qualquer refutação racional, vale dizer, a qualquer refutação feita com base em argumentos racionais. Por isso se diz corretamente que o preconceito pertence à esfera do não racional, ao conjunto de crenças que não nascem do raciocínio e escapam de qualquer refutação fundada num raciocínio.”*<sup>1579</sup>

Gadamer igualmente esclarece este ponto, dizendo que “em si mesmo, ‘preconceito’ (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão”<sup>1580</sup>. E prossegue, dizendo que “no procedimento da jurisprudência um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa evidentemente uma redução de suas chances. Por isso, *prejudice*, em francês, tal como *praeiudicium*, significa também simplesmente prejuízo, desvantagem, dano”<sup>1581</sup>.

Portanto, a questão dos pré-conceitos como conjuntos de valores morais, de opiniões e ideologias não “testadas”, não guarda relação com as pré-compreensões estruturantes, ainda que ambas tenham determinados graus de importância na discussão de como opera o processo hermenêutico e decisório do magistrado.

De fato, o próprio Gadamer acena para o problema de que “a compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais se inicia

<sup>1578</sup> BOBBIO, Norberto. A Natureza do Preconceito. In: **Elogia da Serenidade e Outros Escritos Morais**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: UNESP, 2002, pp. 103-118, p. 103.

<sup>1579</sup> BOBBIO, Norberto. A Natureza do Preconceito. Ob. cit., p. 103.

<sup>1580</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 360.

<sup>1581</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 360.

não forem arbitrárias”<sup>1582</sup>. E prossegue dizendo que “por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade”<sup>1583</sup>. Enfim, é preciso “escapar ao circuito fechado das próprias opiniões prévias”<sup>1584</sup> e, para tanto, o caminho é “a abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto”<sup>1585</sup>, o que se concretiza através das perguntas. E prossegue Gadamer:

*Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e consequente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.*<sup>1586</sup>

E nessa linha de suspensão dos pré-conceitos negativos, inautênticos e da dependência da pré-compreensão estruturante, Gadamer também ressalta a importância do questionar para compreender. “A pergunta toma a dianteira”, diz Gadamer, e “uma conversa que queira chegar a explicar alguma coisa precisa romper essa coisa através de uma pergunta”<sup>1587</sup>, a qual “pressupõe abertura, mas também,

---

<sup>1582</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 356.

<sup>1583</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 356.

<sup>1584</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 357.

<sup>1585</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 358.

<sup>1586</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 358.

<sup>1587</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 474.

delimitação”<sup>1588</sup>. E, depois complementa, dizendo que “a essência do saber não consiste somente em julgar corretamente, mas em excluir o incorreto ao mesmo tempo e pela mesma razão”<sup>1589</sup>, sendo necessário, para tanto, que se dissolvam as instâncias contrárias e se desmascare a incorretura dos argumentos<sup>1590</sup>. Desta necessidade é que decorre “a primazia da pergunta sobre a resposta”<sup>1591</sup>, pois o saber é fundamentalmente dialético, somente possuindo saber aquele que tem perguntas<sup>1592</sup>.

Então, como restou esclarecido, no plano da Hermenêutica Filosófica, suspender os pré-conceitos e formular as perguntas certas é importante caminho para a compreensão. Só por essa avaliação já é possível destacar a importância do juiz formular perguntas à testemunha. Resta saber se ele deve ser, nessa vertente, o principal protagonista ou se, ao contrário, deve atuar no plano supletivo em relação ao papel desempenhado pelas partes. Outro aspecto é saber se, no âmbito do processo penal, o juiz será capaz de suspender, sozinho, seus pré-conceitos. E, caso não seja, qual mecanismo seria passível de provocar-lhe perceber suas visões porventura deturpadas do caso penal antes dele decidir. Não é demais recordar que Gadamer também levantou esse problema:

*Muitas vezes essa distância temporal nos dá condições de resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os ‘verdadeiros’ preconceitos, sob os quais ‘compreendemos’, dos ‘falsos’ preconceitos que produzem os ‘mal-entendidos’. Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica. Ela tomará consciência dos próprios preconceitos que guiam a compreensão para que a tradição se destaque e ganhe validade como uma opinião distinta. É claro que destacar um preconceito nos determina, não o conhecemos nem o pensamos como um juízo. Como poderia então ser colocado em evidência? Enquanto está em jogo, é impossível fazer com que um preconceito salte aos olhos; para isso é preciso de certo modo provocá-lo. Isso que pode provocá-lo é precisamente o encontro com a tradição, pois o que incita a compreender deve ter-se feito valer*

<sup>1588</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 475.

<sup>1589</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 476.

<sup>1590</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 476.

<sup>1591</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 476.

<sup>1592</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 477.

*já, de algum modo, em sua própria alteridade. Já vimos que a compreensão começa onde algo nos interpela. Esta é a condição hermenêutica suprema. Sabemos agora o que isso exige: suspender por completo os próprios preconceitos. Mas, do ponto de vista lógico, a suspensão de todo juízo, e a fortiori de todo preconceito, tem a estrutura da ‘pergunta’.*<sup>1593</sup>

Se Gadamer admite que os pré-conceitos, no sentido negativo aqui distinguido, são inerentes ao juízo e se é preciso separá-los da pré-compreensão, “colocando-os em evidência”, sugerindo que isso se dê no “encontro com a tradição” e através das perguntas, na questão da valoração da prova é preciso também confrontar as ideias do juiz para permitir-lhe – e também às partes – identificar quais são os seus preconceitos em relação ao caso penal. Como fazer isso senão através de alguma intervenção do juiz neste momento? Repita-se o alerta de Gadamer acima destacado: “enquanto está em jogo, é impossível fazer com que um preconceito salte aos olhos; para isso é preciso de certo modo provocá-lo”<sup>1594</sup>.

Vale aqui um parêntese: o que se percebe da Hermenêutica Filosófica é que há uma aposta forte na razão, o que é próprio da Filosofia. Gadamer acredita ser possível ao ser-no-mundo, inserido em sua facticidade própria, identificar seus pré-conceitos negativos e suspendê-los autonomamente. Desconsidera, portanto, toda a questão psicanalítica do inconsciente que, como tal, é incontrollável mas está junto com o ser-no-mundo e, mais do que isso, também o constitui, como mais adiante se procurará pontuar<sup>1595</sup>.

Seja como for, retomando a linha de compreensão de Gadamer, se é através da pergunta que os pré-conceitos negativos se revelam e, uma vez identificados, podem

<sup>1593</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 395.

<sup>1594</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 395.

<sup>1595</sup> Sobre o tema, vide: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., p. 13, verbis: *A única esperança, diante de tal quadro, é o juiz desconfiar, sempre e sempre, das suas próprias aparências/imagens e, de consequência, das suas decisões, colocando-as à prova até quando não mais for possível, em face do rito e o momento determinado para a sentença porque, teoricamente, nela, poderia encerrar sua atividade judicante no caso concreto. Estar-se-ia, por elementar, no plano oposto da lógica deformada e, por certo, seria o ideal. Trata-se, como se pode perceber, de tarefa impossível; ou quase. Seria como que pedir ao humano que deixasse de pensar ou, por outro lado, que resistisse sempre às pulsões inconscientes. Em realidade, não é possível nem uma, nem outra e, se assim é, a solução – no plano da normalidade – está em outro lugar.*



ser suspensos no processo de compreensão, as perguntas complementares do juiz tem também essa condição de nele provocar reflexões que o permitam identificar seus pré-conceitos, separá-los da pré-compreensão que é estruturante, e autoirritar-se a ponto de suspender as tradições inautênticas que traz consigo.

Surge, por outro lado, a possibilidade de o juiz não estar suficientemente comprometido com esse propósito de suspender seus pré-conceitos, talvez até porque não consiga identificá-los com clareza. Aliás, como já destacado, o mais provável é que o juiz sequer saiba que tem esses pré-conceitos e, como já referiu Jacinto Coutinho, sequer queira saber que os têm. Assim, o papel das partes na dialética do contraditório aflora e ganha contornos fundamentais no processo de compreensão da prova pelo juiz. Com estes propósitos, então, passa-se a avaliar justamente o quanto esses pré-conceitos conduzem a se admitir a ausência de neutralidade judicial capaz de contribuir, até mesmo, para a formação de possíveis quadros mentais paranoicos na avaliação da prova. Nessa linha, é preciso discutir como opera o processo decisório do juiz em torno do quanto a doutrina moderna de processo penal tem considerado como relevante, isto é, justamente à luz destes pré-conceitos, da Psicanálise e da Psicologia Cognitiva e dos caminhos capazes de gerar a iluminação necessária<sup>1596</sup> para que o juiz afaste seus pré-conceitos negativos e possa compreender o caso penal sem essas amarras.

## **Seção II – A falácia da neutralidade judicial e a influência do método silogístico aristotélico combinado com o decisionismo solipsista.**

*O juiz, como o mago da fábula, tem o sobre-humano poder de efetuar no mundo do direito as mais monstruosas metamorfoses e dar às sombras aparência eterna de verdade; e, já que em seu mundo sentença e verdade devem acabar coincidindo, ele pode, se a sentença não se ajusta à verdade, reduzir a verdade à medida da sua sentença.*

---

<sup>1596</sup> Se é que o são; e, sendo, em que medida possam ser...

(PIERO CALAMANDREI)<sup>1597</sup>

Como bem pontua Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>1598</sup>, o magistrado procura se apresentar em seu processo comunicativo com as partes como alguém que não está ali para impor sua personalidade. Para tanto ele se vale de *topoi* materiais, isto é, se apresenta de um lugar de fala orientado por discursos de “neutralidade”, “serenidade”, “imparcialidade”, “respeitabilidade”, “dignidade”, “imunidade à crítica”, que procuram convencer de sua boa-fé, de sua impessoalidade no caso em que atua. Tudo isso serve para criar uma ideia de que a decisão será – ou deveria ser – fruto apenas e tão somente do quanto o magistrado encontrar de prova a respeito do fato e de seu “ajuste” à regra vigente. O mesmo ocorre com as partes: o Ministério Público vale-se dos *topoi* de “representante da sociedade”; de “defensor do interesse público”; de “imparcialidade” e a Defesa usa os *topoi* materiais de “responsável pelo exercício do direito de defesa”; de “defensor do mais débil”; de “protetor do acusado injustamente”, dentre outros similares.

Na prática, no entanto, as partes, ao se assumirem como tais, estão pessoalmente interessadas na decisão que será adotada pelo magistrado, atuando sob a forma de reação partidária e gerando um “conflito intermitente” no processo, isto é, “as normas terminam conflitos no sentido de que elas os institucionalizam”. “Terminam” os conflitos, mas não necessariamente eles são “solucionados”. Ao terminar o “conflito”, como refere Tércio Sampaio (ou, melhor, o “caso penal”, na precisa lição de Jacinto Coutinho), não significa que se tenha necessariamente um consenso<sup>1599</sup>. E o juiz por mais que se esforce para atuar de forma imparcial, isto é, não tendenciosa para um dos lados, agindo com equidistância e dando iguais oportunidades às partes, não significa que ele queira dizer que é neutro em relação ao caso penal que lhe é submetido.

Para melhor compreender como essa ideia de “juiz neutro” foi capaz de se introduzir no senso comum de boa parte dos juristas é preciso buscar as origens do discurso.

<sup>1597</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por um Advogado**. Ob. cit., p. 10.

<sup>1598</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 89.

<sup>1599</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Ob. cit., pp. 69-70.

Como se sabe, o mito da neutralidade judicial foi consolidado ao longo do século XIX basicamente em razão do positivismo exegético fortemente aceito naquele tempo. Sua origem, no entanto, pode ser identificada na filosofia da ilustração, quando a ideia da neutralidade, do “juiz-boca-da-lei” já era pregada, como se vê claramente em Montesquieu:

*Porém, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos.*<sup>1600</sup>

(...)

*Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.*<sup>1601</sup>

Essa também era a compreensão de Beccaria ao afirmar que “onde as leis são claras e precisas o ofício de um juiz não vai além do acerto do fato”<sup>1602</sup>.

Com a Revolução Francesa, pautada por um discurso racionalista, particularmente por conta da necessidade que se tinha de desvincular a imagem dos juízes da vontade do Rei, a ideia consolidou-se, como precisamente anota Nilo Bairros de Brum:

*A Revolução Francesa havia afastado do poder o rei, seus ministros e sua máquina administrativa, mas, nos tribunais, foram mantidos os juízes aristocratas. Os juristas da revolução sabiam que de nada adiantariam as novas leis se aos juízes se permitisse reimplantar os valores da aristocracia através da interpretação judicial. O Código de Napoleão surge, pois, como um sistema jurídico completo, claro, preciso e fechado. Tal codificação, à semelhança da geometria euclidiana, não era para ser interpretada, mas aplicada mecanicamente. Para isto, a Escola Francesa de Exegese haveria de reafirmar o antigo mito da neutralidade judicial, pois, se os juízes possuíam de modo geral uma ideologia antagônica à da nova legislação, era necessário dobrá-los à vontade dos legisladores, era preciso anular sua liberdade de*

<sup>1600</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **Do Espírito das Leis**. Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 158.

<sup>1601</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **Do Espírito das Leis**. Ob. cit., p. 160.

<sup>1602</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dei delitti e delle pene**. A cura di Franco Venturi, Torino, Italia: Giulio Einaudi editore, 1973, pp. 35. Tradução nossa. No original, em italiano: *Dove le leggi siano chiare e precise l'ufficio di un giudice non consiste in altro che di accertare un fatto*.

*interpretação. Essa neutralidade foi buscada (e até certo ponto obtida) graças à concepção de que a sentença constitui um silogismo pelo qual o juiz aplica o direito (vontade do legislador) ao caso concreto. A lei como premissa maior, o fato como premissa menor e o juiz como elemento neutro, haveriam de constituir os ingredientes da conclusão desejada pelos legisladores*<sup>1603</sup>.

Na mesma linha de compreensão, porém apresentado outras nuances da questão, também é relevante referir a lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

*A busca desta neutralidade do sujeito tinha alguns motivos determinantes: 1º, a crença em uma razão que tivesse validade universal, servindo de paradigma para todos (crença esta que, de certa forma, seguiu todo o pensamento da história moderna no Ocidente, desde o discurso da Igreja - por influências platônicas -, passando pelo pensamento de Descartes, Bacon, Kant, até chegar em Augusto Comte); 2º, a necessidade de legitimar o discurso do Estado moderno nascente, que vinha falar em nome de toda a nação, uma vez que os sujeitos da história passaram a ser "iguais" e não era mais possível sustentar os privilégios do clero e da nobreza: o Estado agora é de todos e, finalmente; 3º, a urgência em ocultar que os interesses do Estado, ao contrário do que se acreditava, eram de classes; e não do povo como um todo.*<sup>1604</sup>

Como se vê, acabara o período monárquico absolutista e, assim, era imprescindível que a “vontade da lei” e não a “vontade do soberano” fosse observada. O dado relevante é que essa “vontade da lei” foi “vendida” como sendo o produto da “vontade geral”, “do povo”<sup>1605</sup>, no entanto, acabou sendo a mesma “vontade do soberano”. Vale recordar Ortega y Gasset, que bem colocou ter sido “inconsequente guilhotinar ao príncipe e substituí-lo pelo princípio”, pois sob a égide de ambos se fez prevalecer o absolutismo<sup>1606</sup>. O exemplo mais visível se deu com a codificação de

<sup>1603</sup> Sobre o tema, vide, dentre outros, BRUM, Nilo Bairros de. Ob. cit., p. 17.

<sup>1604</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. Ob. cit., pp. 42-43.

<sup>1605</sup> ZIZEK, Slavoj. **Robespierre. Virtude e Terror**. Tradução de José Maurício Gradel, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 52.

<sup>1606</sup> ORTEGA Y GASSET, José. *El Tema de Nuestro Tiempo*. In: **Obras Completas, Tomo III**, Madrid: Alianza Editorial, 1994, p. 163. Tradução nossa. No original, em espanhol: *Es inconsecuente guillotinar al príncipe y sustituirle por el principio. Bajo éste, no menos que con aquél, queda la vida supeditada a un régimen absoluto. Y esto es precisamente lo que no puede ser: ni el absolutismo racionalista – que salva la razón y nulifica la vida -, ni el relativismo, que salva la vida evaporando la razón. La sensibilidad de la época que ahora comienza se caracteriza por su insumisión a ese dilema. No podemos satisfactoriamente instalarnos en ninguno de sus términos*

Napoleão (v.g. *Code Civil* de 1804; *Code d’Instruction Criminelle* de 1808)<sup>1607</sup>. Porém, a ideia era que o juiz não pudesse ir além do texto, desconsiderando “a sua vontade” na aplicação da lei.

Na doutrina francesa de processo penal do século XIX, vê-se, por exemplo, que Guichard e Dubochet chegavam a afirmar expressamente que o juiz na França ficaria “*neutro, absolutamente neutro entre o ministério público e o acusado*”<sup>1608</sup>. Carnot em sua obra “*De L’Instruction Criminelle*”, de 1812, também trabalha com a ideia de neutralidade judicial<sup>1609</sup>.

Desenvolve-se, então, ao lado da codificação napoleônica, a metodologia da escola histórico-positivista-legalista de Savigny (1779-1861) que em 1802<sup>1610</sup> já apresentava, em forma de curso na Universidade de Marburgo, na Alemanha, sua “Metodologia Jurídica”, crítica à ideia de uma única e definitiva codificação e apostando que o Direito deveria ser baseado na tradição e na história, sem abandonar a vertente positivista:

*A ciência legislativa é uma ciência histórica. A necessidade do próprio Estado radica em que deve existir algo entre os indivíduos que limite o domínio da arbitrariedade de uns contra os outros. O Estado faz isso por si mesmo, por ser um fenômeno entre os indivíduos, porém isso é feito diretamente pela função legislativa. O grau de limitação do indivíduo deveria ser independente da arbitrariedade do outro, e um terceiro deveria decidir até onde poderia chegar a limitação. Porém, desde que haja um grande espaço para a arbitrariedade do terceiro, melhor seria que existisse algo totalmente objetivo, algo totalmente independente e afastado de toda*

<sup>1607</sup> ENGLUND, Steven. **Napoleão. Uma Biografia Política**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 213. GALLO, Max. **Revolução Francesa. Vol. 2. Às armas, cidadãos (1793-1799)**. Tradução de Julia da Rosa Simões, Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 335.

<sup>1608</sup> GUICHARD, Victor e DUBOCHET, J.J.. **Manuel du Juré ou Exposition des Principes de La Législation Criminelle dans ses Rapports Avec les Fonctions de Juré**. Paris: A. Sautet et Compagnie, Libraires, 1827, p. 318, obra integralmente digitalizada, disponível em <www.books.google.com>, acesso em: 13 de dezembro de 2011. Tradução livre. No original em francês: “*En France, le président de la cour d’assise a principalement en vue d’obtenir la preuve du fait incrimine, soit par les aveux de l’accusé, soit par les déclarations des témoins. Dans les cas les plus ordinaires, il reste neutre, absolument neutre entre le ministère public et l’accusé.*”

<sup>1609</sup> CARNOT, M. **De L’Instruction Criminelle**. Paris: Chez Nêve, Libraire de la Cour de Cassation, 1812, p. 159, obra digitalizada, disponível em <www.books.google.com>, acesso em: 10 de dezembro de 2011.

<sup>1610</sup> Conforme LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Ob. cit. p. 09: “Possuímos duas exposições da metodologia jurídica de SAVIGNY: O Curso de Inverno de 1802-1803, apontamentos tirados por JAKOB GRIMM e publicados em 1951 por WESENBERG – os “primeiros escritos” – e a versão mais elaborada incluída no vol. 1º do *System des heutigen Römischen Rechts* (Sistema do Direito Romano actual) de 1840”.

*convicção individual: a lei. Ela deveria, então, ser completamente objetiva conforme sua finalidade original, ou seja, tão perfeita que quem a aplicasse não teria que adicionar nada de si próprio.*<sup>1611</sup>

(...)

*Então, quem interpretar uma lei deve analisar o pensamento contido na lei, deve pesquisar o conteúdo da lei. Primeiro é a interpretação: reconstrução do conteúdo da lei. O intérprete deve se localizar no ponto de vista do legislador e, assim, produzir artificialmente seu pensamento.*<sup>1612</sup>

Vale o registro de que a Escola Histórica de Savigny enfrentava o problema de seu tempo, isto é, o resultado advindo da codificação napoleônica como bem destaca Luiz Fernando Coelho ao dizer que “para Savigny, a codificação poria em risco esse processo natural de desenvolvimento do direito, artificializando-o e não o fazendo corresponder às aspirações da nação”<sup>1613</sup>.

Ainda em paralelo com o positivismo exegético da escola francesa surge também a “jurisprudência dos conceitos” dos oitocentos (1837), a partir da contribuição do pandectista alemão Georg Friedrich Puchta (1798-1846)<sup>1614</sup>, discípulo de Savigny e que visava dar ar científico e sistemático ao quanto a escola histórica de Savigny havia desenvolvido, como explica Karl Larenz:

*Foi PUCHTA quem, com inequívoca determinação, conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma “pirâmide de conceitos”, decidindo assim a sua evolução no sentido de uma “Jurisprudência dos conceitos formal. Sem dúvida que seguiu SAVIGNY quanto à teoria das fontes do Direito e utilizou como ele uma linguagem que corresponde ao pensamento “organológico” de SCHELLING e dos românticos. Mas no fundo, foi o método do pensamento conceptualista formal que verdadeiramente ensinou”.*<sup>1615</sup>

(...)

*PUCHTA entende que possui o “conhecimento sistemático” reclamado por ele, quem “consegue seguir, tanto no sentido ascendente como no descendente, a proveniência de cada conceito através de todos os termos médios que participam na sua formação. Como exemplo dessa “escala conceptual” apresenta ele o conceito de servidão de passagem, que, num*

<sup>1611</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Ob. cit., p. 20.

<sup>1612</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Ob. cit., p. 25.

<sup>1613</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria da Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1974, pp. 56-57.

<sup>1614</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito. Vol. 1. Das Origens à Escola Histórica**. Ob. cit., p. 231.

<sup>1615</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Ob. cit., p. 23.

*primeiro plano, será um direito subjectivo e, “por conseguinte, um poder sobre um objeto”; num segundo plano, um direito “sobre uma coisa” ou, como nós diríamos um direito real; depois “um direito sobre coisa alheia, e, por conseguinte, uma sujeição parcial desta última”; noutro plano ainda, como a particular espécie desta sujeição da coisa é o do uso, dir-se-á a servidão de passagem pertence “ao gênero dos direitos de uso sobre coisas”, e assim sucessivamente.*<sup>1616</sup>

Nessa mesma trilha pandectista alemã (equivalente, em certa medida<sup>1617</sup>, ao positivismo exegético francês) complementa esse quadro o pensamento de Jhering (1818-1892) em sua primeira fase, sustentando que o direito romano poderia servir de norte<sup>1618</sup>, enxergando o Direito como ciência, como se vê tanto de sua famosa “É o direito uma ciência? (1868)”<sup>1619</sup>, quanto da não menos famosa obra “A Luta pelo Direito” (1872)<sup>1620</sup>. Ao método gramatical (da Escola da Exegese) e aos métodos lógico, histórico e sistemático (da Escola Histórica), Jhering acrescenta o método teleológico.

Foi, portanto, com esse espírito que se fomentou a ideia – de todo falaciosa como se sabe depois da compreensão de como opera o inconsciente com Freud e Lacan – de que o juiz pudesse ser um sujeito neutro, alheio a tudo que acontece ao seu redor e que isso seria uma garantia.

Interessante observar, como revela Ovídio Baptista da Silva<sup>1621</sup>, que essa ideia de neutralidade era tão presente e tão exigida naqueles tempos que na época do Brasil-colônia a Coroa portuguesa chegou a orientar os juízes a se isolar da sociedade em que viviam. Para tanto, pretendia-se que os Desembargadores fossem morar em

<sup>1616</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Ob. cit., pp. 24 e 25.

<sup>1617</sup> A diferença é que a Escola Histórica do Direito de Savigny introduziu a importância dos costumes como fonte do direito (não só a lei, mas também os costumes) e, assim, permitiu o crescimento da doutrina pelos métodos de interpretação: para além do método gramatical da Escola da Exegese francesa, Savigny acrescentou os métodos lógico, histórico e sistemático. Sobre o tema, vide, dentre outros: CASTANHEIRA NEVES, A.. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Volume 2. Reimpressão. Coimbra: Wolters Kluwer sob a marca Coimbra Editora, 2010, pp. 203 e ss.. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Ob. cit., pp. 51 e ss..

<sup>1618</sup> JHERING, Rudolph Von. **El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de su Desarrollo**. Tradução para o espanhol de Enrique Príncipe y Satorres, Granada: Editorial Comares, 2011.

<sup>1619</sup> JHERING, Rudolph Von. **É o Direito uma Ciência?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Rideel, 2005.

<sup>1620</sup> JHERING, Rudolph Von. **A Luta pelo Direito**. Tradução de João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

<sup>1621</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 45.

residências próximas umas das outras, limitando seu contato social<sup>1622</sup>. Tratando deste tema, Stuart B. Schwartz esclarece que a Coroa portuguesa:

*percebeu que pressões sociais e econômicas poderiam ser exercidas sobre a magistratura profissional e que a formação de vínculos entre os magistrados e a sociedade poderia criar metas alternativas além daquelas sancionadas pelas normas burocráticas. Em grande medida, a legislação relativa à magistratura profissional foi projetada para organizar todos os comportamentos magistráticos de acordo com padrões que servissem às finalidades administrativas reais. A justiça real e a burocracia real baseavam-se na honestidade e na imparcialidade da magistratura e, ao mesmo tempo, em sua obediência e lealdade ao rei.*<sup>1623</sup>

Os portugueses supunham “que o magistrado pudesse funcionar num vácuo social, isento de pressões familiares, de amigos e interesses”<sup>1624</sup>. Registre-se, porém, como o próprio Schwartz completa, que se tratava de uma “ideia utópica” e que não se concretizou nos moldes pretendidos por Portugal, pois “isolar os desembargadores da sociedade era impossível. Os magistrados não eram nem piores nem melhores que a sociedade em que viviam e com frequência eles tentavam usar o cargo para obter benefícios pessoais”<sup>1625</sup>. Ao final, conclui Schwartz, “os esforços reais para elevar os desembargadores acima da sociedade e separá-los dela tiveram efeito exatamente oposto”, pois, “a riqueza, o poder, o *status* e a posição dos desembargadores tornavam o contato com eles tanto mais desejável para importantes grupos socioeconômicos ou grandes famílias”<sup>1626</sup>.

Mesmo assim, a preocupação era tanta que levou o Rei português a baixar o Alvará de 22 de novembro de 1610, proibindo aos Desembargadores da Relação do

---

<sup>1622</sup> SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial. O Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas, São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.149, *verbis*: *Enquanto tentava assegurar o status dos magistrados, a Coroa também buscava isolá-los da sociedade em que viviam. Esperava-se que os magistrados morassem perto uns dos outros e limitassem suas permutas sociais com o resto da sociedade.*

<sup>1623</sup> SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial. O Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Ob. cit., p.148.

<sup>1624</sup> SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial. O Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Ob. cit., p.149.

<sup>1625</sup> SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial. O Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Ob. cit., p.149.

<sup>1626</sup> SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial. O Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Ob. cit., p.151.



Brasil casarem-se com moças brasileiras<sup>1627</sup>.

Nos dias de hoje, como é evidente, o juiz não mais está instado a ficar confinado em espaços exclusivos e, assim, o que se não pode perder de vista é que o juiz é um ser humano e, como tal, está sujeito a toda sorte de influências externas e experiências de vida. É como destaca Francisco Muñoz Conde:

*Porém a imagem do juiz preso numa urna de cristal, isolado do mundo exterior, para preservá-lo de toda contaminação ou ideologia partidária, há muito tempo que desapareceu. Como também se superou, quase que desde o princípio, a tese de Montesquieu de que os juízes não são mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei.*

*Os juízes, como qualquer outro mortal, são sujeitos de carne e osso, com suas paixões e sentimentos, seus defeitos e suas virtudes, e também com suas crenças e ideologias, por vezes contrárias às das leis que devem aplicar aos demais cidadãos. E, por isso, é claro que eles, cada vez que podem, e podem muito, procuram aproximar o carvão à sua sardinha, quer dizer, procuram adaptar a lei às suas crenças pessoais ou ao seu modo de ver as coisas. Tudo isso dentro, por óbvio, do mais escrupuloso respeito ao princípio da legalidade; de uma legalidade que, por sua própria ambigüidade e imperfeição, deixa ao juiz, paradoxalmente, uma grande margem para sua discricção e arbítrio, para suas paixões e crenças<sup>1628</sup>.*

<sup>1627</sup> **COLLECÇÃO CHRONOLOGICA DA LEGISLAÇÃO PORTUGUEZA COMPILADA E ANNOTADA POR JOSÉ JUSTINO DE ANDRADE E SILVA – 1603-1612.** Lisboa: Imprensa de J. J. A. Silva, 1854, p. 295, disponível em <https://books.google.com.br/books?id=J15OAAAAYAAJ&pg=PA295&lpg=PA295&dq=alvar%C3%A1+22+de+novembro+de+1610&source=bl&ots=lcnwWGldyW&sig=-OG9m5dvpAP7ELb9DGwaEplEfYg&hl=pt-BR&sa=X&ei=2hNNVbHeB4qlgwTkgQE&ved=0CC8Q6AEwAw#v=onepage&q=alvar%C3%A1%2022%20de%20novembro%20de%201610&f=false>, acesso em 08 de maio de 2015.

<sup>1628</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. ***La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal***, 2ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2003, pp. 27 e 28. Tradução nossa. No original, em espanhol: *Pero la imagen del juez encerrado en una urna de cristal, aislado del mundo exterior, para preservarlo de toda contaminación o ideología partidista, hace ya tiempo que ha desaparecido. Como también se superó, casi desde el principio, la tesis de Montesquieu de que los jueces no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley. Los jueces, como cualquier otro mortal, son sujetos de carne y hueso, con sus pasiones y sentimientos, sus defectos y virtudes, y también con sus creencias e ideologías, a veces contrarias a las de las leyes que tienen que aplicar al resto de los ciudadanos. Y, por eso, al igual que ellos, cada vez que pueden, y pueden mucho, procuran arrimar el ascua a su sardina, es decir, procuran adaptar la ley a sus personales creencias o modo de ver las cosas. Todo ello dentro, por supuesto, del más escrupuloso respeto al principio de legalidad; de una legalidad que, por su propia ambigüedad e imperfección, deja al juez, paradójicamente, un gran margen para su discreción y arbitrio, para sus pasiones y creencias.*

O incrível é que parecela significativa da doutrina brasileira ainda acredita na neutralidade do juiz, conforme se vê, por exemplo, do “Curso de Direito Processual Penal” de Nestor Távora e Rosmar Alencar:

*A imparcialidade é entendida como característica necessária do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar a neutralidade necessária para conduzi-lo com isenção. O juiz interessado deve ser afastado, e os permissivos legais para tanto encontram-se no artigo 254 do CPP (hipóteses de suspeição) e no art. 252 (hipóteses de impedimento).<sup>1629</sup>*

Em sentido similar, também se evidencia equiparação entre imparcialidade e neutralidade, em passagem do “Manual de Processo Penal e Execução Penal”, de Guilherme de Souza Nucci:

*Por isso, se o objetivo maior é garantir a imparcialidade do magistrado, conforme preceito constitucional, é de ser aceita a possibilidade de arguição de exceção de suspeição, em caso de amizade íntima ou inimizade capital, entre juiz e promotor, bem como entre juiz e advogado. É o que resta sobejamente concretizado nas relações processuais existentes, não sendo possível ignorar o fato do magistrado ser falível como todos, não conseguindo manter sua neutralidade se estima por demasia o promotor ou o odeia com todas as suas forças.<sup>1630</sup>*

Enfim, diversamente do que acredita a doutrina referida, não se pode olvidar que antes de ser juiz, o magistrado foi criança, foi adolescente, e viveu – e continua a viver – como qualquer ser humano. Teve, tem e continuará tendo experiências de vida boas e ruins. Viveu – e traz sempre consigo – seus traumas, suas angústias, suas frustrações e seus recalques. Construiu e traz consigo seus preconceitos (no sentido negativo supracitado), seus “pré-juízos” (juízos antecipados), como toda e qualquer pessoa os tem. E, como acontece com todas as pessoas, o juiz também tem que conviver com tudo isso.

Nesse ponto é que a doutrina moderna de processo penal procurou conceber a inércia probatória do julgador como um mecanismo que o impeça (que impeça o ser-

<sup>1629</sup> TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar A.R.C. de. **Curso de Direito Processual Penal**. 2ª. ed., Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 50.

<sup>1630</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. cit., p. 525.

no-mundo não neutro e investido da função de julgar) de deixar que por ocasião da colheita da prova ele seja conduzido – inconscientemente até – pelos seus preconceitos, seus pré-juízos de valor a respeito dos fatos, das pessoas, dos crimes. A inércia, então, é utilizada pela doutrina moderna como freio para que o juiz saia, até mesmo inconscientemente, repita-se, em busca da prova que possa justificar um “prévio acerto mental”, pois, se ele alcança elementos que lhe permitem confirmar o “prévio acerto mental”, ele goza, no sentido psicanalítico.

O problema da falta de neutralidade pode ser exemplificado com a postura que possa ter o juiz (repita-se: o juiz ser-no-mundo), que vivenciou a experiência de ter alguém em sua família vítima de estupro. A tendência natural nesse caso é ser mais rigoroso com quem é acusado de estupro, buscando provas que possam servir de base para a futura sentença. Ou ainda, com o fato de que o juiz que teve seu automóvel furtado pela manhã, terá, naturalmente, uma tendência maior de condenar quem seja acusado de furto de veículos e, assim, caso tenha que colher a prova de outro crime de furto à tarde do mesmo dia é normal – mas não aceitável – que se comporte de forma mais rigorosa. É da natureza humana esse proceder, decorrência da projeção que pode fazer no outro como recorda Jacinto Coutinho<sup>1631</sup>. Calamandrei, em sua seleção de casos do famoso livro “Eles os juízes, vistos por um advogado” também anotou sua percepção da ausência de neutralidade judicial:

*De que insuspeitas e remotas vicissitudes pessoais ou familiares derivam com frequência as opiniões dos juízes e a sorte dos réus!*

*Certa vez, no Tribunal de Cassação, eu defendia uma causa relativa a um pretense vício redibitório de um cavalo mordedor. O comprador sustentava ter percebido que o cavalo por ele comprado tinha o vício de morder, e pedia, por isso, a resolução da venda; mas o tribunal de apelação não admitira o fato de que o cavalo fosse mordedor e, portanto, rejeitara a ação. O comprador derrotado recorrera em cassação. Eu defendia o vendedor, mas tinha tanta certeza de que o recurso seria rejeitado (precisamente porque em cassação não se pode rediscutir o fato), que, ao chegar minha vez de falar, renunciei à palavra.*

*Levantou-se então o procurador-geral, o qual, contrariamente à minha expectativa, declarou que o recurso era fundadíssimo e que devia ser acolhido.*

---

<sup>1631</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal**. Ob. cit., p. 140.

*Meu estupor foi tal que, terminado o julgamento, não pude me impedir de me aproximar de seu assento para lhe dizer:*

*- Excelência, como é difícil para os advogados fazer previsões sobre o resultado dos recursos! Nessa causa, eu teria jurado que mesmo o senhor teria concluído pela rejeição.*

*Ele me respondeu:*

*- Caro advogado, contra os cavalos mordedores nunca se é bastante severo. Muitos anos atrás, eu ia a pé pela cidade, com meu filho pela mão; e aconteceu-nos passar perto de uma carroça, parada junto da calçada. O senhor não irá acreditar: aquele cavalo de ar inocente virou-se de repente e deu uma dentada no braço do meu menino. Fez-lhe uma ferida profunda assim, que para sarar foi preciso mais de um mês de tratamentos. Desde então, quando ouço falar de cavalos mordedores, sou inexorável.*<sup>1632</sup>

Há até uma experiência com juízes israelenses decidindo sobre benefícios da execução penal cujo resultado conclui que pequenas pausas para saciar a fome do magistrado podem influenciar no julgamento<sup>1633</sup>. Neste caso, não se trata apenas dos pré-conceitos, mas até mesmo de uma questão biológica, na qual o organismo sem alimentação adequada acaba intuitivamente economizando energia, valendo a lei biológica do menor esforço, o que é incontrolável e inconsciente para o juiz. Agora, é claro que neste ponto não se olvida a crítica incisiva de Lenio Streck à pesquisa dos juízes israelenses, no sentido de que se a fome influencia o processo decisório dos juízes, deve-se providenciar, urgentemente, um restaurante de qualidade no Supremo Tribunal Federal. Na mesma linha, diz Lenio, o direito lido pela pesquisa dos juízes

<sup>1632</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por um Advogado**. Ob. cit., pp. 20-21.

<sup>1633</sup> DANZIGER, Shai; LEVAVB, Jonathan; AVNAIM-PESSOA, Liora. **Extraneous Factors in Judicial Decisions**. Princeton, NJ: Princeton University, aprovado para publicação em 25 de fev. 2011 (recebido para análise em 08 de dez. 2010), disponível em <http://www.pnas.org/content/108/17/6889.full>, acesso em 17 de Agosto de 2014: *Testamos o ditado popular do realismo que “a justiça é o que o juiz comeu no café da manhã” em decisões de liberdade condicional sequenciais feitas por juízes experientes. Nós promovemos duas pausas para alimentação diárias dos juízes, o que resultou em segmentar as deliberações do dia em três distintas “sessões de decisão”. O que encontramos como resultado é que o percentual de sentenças favoráveis cai gradualmente de ≈65% para quase zero ao longo de cada sessão de decisão e retorna abruptamente para ≈65% depois de uma pausa. Nossos resultados sugerem que as decisões judiciais podem ser influenciadas por variáveis externas que não deveriam ter influência sobre as decisões judiciais. Tradução nossa. No original, em inglês: We test the common caricature of realism that justice is “what the judge ate for breakfast” in sequential parole decisions made by experienced judges. We record the judges’ two daily food breaks, which result in segmenting the deliberations of the day into three distinct “decision sessions.” We find that the percentage of favorable rulings drops gradually from ≈65% to nearly zero within each decision session and returns abruptly to ≈65% after a break. Our findings suggest that judicial rulings can be swayed by extraneous variables that should have no bearing on legal decisions.*

israelenses seria reduzido a nada, pois o importante seria manter os juízes bem alimentados<sup>1634</sup>. A crítica, por óbvio, tem procedência, pois não se pode ficar à mercê de um juiz que decida a partir da fome ou de escolhas pessoais. Porém, ao mesmo tempo e de forma paradoxal, não há como desconsiderar que o ser humano age biologicamente numa linha de opção pelo menor esforço, a qual, inclusive, é também visível na linguagem, conforme se infere de várias situações de simplificação fonética, nas quais o homem, por economia de esforço, provoca o encurtamento de palavras. Serve de exemplo o que se deu com a expressão “Vossa Misericórdia Senhor”, a qual, com o passar do tempo passou a ser “Vossa Mercê”, e depois passou a ser “Vosmecê”; e, depois, “você”; e já está caminhando para ser apenas “ocê”; e até mesmo “cê”. Seja como for, repita-se, Lenio tem razão quando diz que não é possível que se fique à mercê da fome do juiz para que a causa seja decidida desta ou daquela forma. Daí porque é necessário criar critérios que evitem a paradoxal situação de que, com fome ele pode julgar mal, mas, tenha fome ou não, ele deve julgar politicamente condicionado. É preciso, enfim, criar critérios que controlem o magistrado, esteja ele com fome ou não, e que permitam constranger o juiz de tal forma, que ele compreenda que deve decidir – e não escolher – com responsabilidade política, independentemente de sua fome, ou de suas ideologias pessoais.

O problema, fazendo um contraponto, é que por mais que o juiz possa dizer que sabe “separar” as coisas, trata-se de um mero esforço pessoal que é incapaz de “apagar” a heurística biológica e também os registros mentais inconscientes de suas experiências de vida. Eles continuam lá, prontos para aflorar a qualquer momento, dependendo tão só do momento propício. Isso tudo sem falar das ideologias, das opções políticas, das preferências, simpatias, antipatias e quaisquer outras questões psicológicas que todas as pessoas – inclusive os juízes – trazem consigo.

Assim, como não existe um mecanismo que crie um Juiz neutro – trata-se, como visto, de uma falácia discursiva – a doutrina mais moderna prega que o melhor sistema de processo penal, aquele mais garantista sob o prisma do cidadão acusado da prática de um ilícito penal, aquele que minimiza a possibilidade de quebra da

---

<sup>1634</sup> STRECK, Lenio Luiz. Juiz com Fome ou que Almoçou Mal Deve Julgar Nossas Causas? In: **Consultor Jurídico – Conjur**. 05 de junho de 2014, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-05/juiz-fome-ou-almocou-mal-julgar-nossas-causas>, acesso em 13 de abril de 2014.

imparcialidade (por conta da ausência de neutralidade) é o “sistema acusatório”, lido aqui como aquele sistema que transfere a produção e gestão da prova para as partes. Neste caso o Juiz julga com o que lhe for trazido pelas partes, evitando, com isso, que ele possa primeiro “decidir mentalmente” (prejuízo, preconceito) a respeito do fato imputado ao réu e possa “sair em busca”, mesmo inconscientemente, da prova que lhe sirva para justificar um prévio “acerto mental” do caso. Já no denominado “sistema inquisitório” o Juiz ficaria livre para “encontrar” a prova que lhe sirva para “confortar a alma”. Ele busca essa prova porque é o gestor e senhor absoluto dela. Assim, diz a doutrina moderna de processo penal, no “sistema inquisitório” as partes são meramente formais, existem, mas não atuam de fato. E finaliza dizendo que o juiz quando atua na produção probatória, muitas vezes, acaba fazendo o papel que deve ser reservado ao Ministério Público. Mas o problema maior não é esse, e sim considerar que, seja ativo, seja passivo na produção da prova, o juiz não pode julgar livremente. O juiz não pode “escolher” (o que se dá no plano da razão prática, a partir de seus valores pessoais), mas deve “decidir” (agir no plano razão política)<sup>1635</sup>. Assim, a discricionariedade que hoje ainda existe até mesmo por autorização legislativa no Código de Processo Penal, como ocorre na má recepção da ideia de livre convencimento e livre apreciação da prova e, mesmo que, dogmaticamente, esses princípios tenham outra compreensão histórica como se verá mais adiante, sob o manto de comunicar uma “liberdade” valorativa e de convicção plena não podem nortear a decisão desse juiz; não podem criar uma espécie de álbi retórico ao qual o juiz se apegue toda vez que quiser fazer valer seu modo de enxergar o mundo, como se procurará explorar mais adiante.

Compreendendo-se, pois, que “a neutralidade dos juristas é quase arqueologia jurídica e sua imparcialidade só é imaginável com muito discurso que lhe dê conta”, como refere Jacinto Coutinho<sup>1636</sup>, e, dando-se o nome que se queira dar ao sistema

---

<sup>1635</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto? Decido Conforme a Minha Consciência**. Ob. cit., p. 106, *verbis*: Ora, se a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito).

<sup>1636</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito**. Ob. cit., p. 79.

processual, de uma questão não se afasta: há de se concordar que num modelo de processo penal que se insira no Estado Democrático de Direito e que, assim, tenha como uma das balizas de orientação a proibição de excesso, o juiz deve ser controlado e não deve ser o protagonista principal da produção probatória, não deve ser o gestor da produção da prova, como se usou definir e as partes não podem ficar alijadas desse processo. Também não se nega a importância do papel das partes como principais atores<sup>1637</sup> da produção probatória. Porém, todas essas certezas não significam que o juiz não deva – de forma subsidiária em relação às partes – também atuar no plano da complementação da prova introduzida pelas partes. Aqui o que pode parecer, num primeiro momento, um contrassenso é, na verdade, o mecanismo imunitário necessário para evitar o solipsismo que o “livre convencimento” comunica a boa parte da magistratura e para dar amplitude na efetividade das demais garantias do contraditório e da ampla defesa como se procurará expor mais adiante. Antes, porém, é preciso enfrentar as implicações psicanalíticas dessa ausência de neutralidade do juiz.

### **Seção III – “Quadros mentais paranoicos” e falsos silogismos no processo decisório.**

*‘O ponto culminante do sistema delirante do paciente é a sua crença de ter a missão de redimir o mundo e restituir à humanidade o estado perdido de beatitude. Foi convocado a essa tarefa, assim assevera, por inspiração direta de Deus, tal como aprendemos que foram os Profetas; (...). A parte mais essencial de sua missão redentora é ela ter de ser procedida por sua transformação em mulher. Não se deve supor que ele deseje ser transformado em mulher; trata-se antes de um ‘dever’ baseado na Ordem das Coisas, ao qual não há possibilidade de fugir, por mais que, pessoalmente, preferisse permanecer em sua própria honrável e masculina posição na vida. (...) A toda hora e a todo minuto, durante anos, experimentou estes milagres em seu corpo e teve-os confirmados pelas vozes que com ele conversaram. Durante os primeiros anos de sua moléstia, alguns de seus órgãos corporais sofreram danos*

---

<sup>1637</sup> Para usar a referência de CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**, Volume 3, Campinas: Bookseller, 1999, p. 223.

*tão terríveis que inevitavelmente levariam à morte qualquer outro homem; viveu por longo tempo sem estômago, sem intestinos, quase sem pulmões, com o esôfago rasgado, sem bexiga e com as costelas despedaçadas; costumava às vezes engolir parte de sua própria laringe com a comida etc. Mas milagres divinos (“raios”) sempre restauravam o que havia sido destruído, e portanto, enquanto permanecer homem, é inteiramente imortal. (...) Ele tem a sensação de que um número enorme de “nervos femininos” já passou para o seu corpo e, a partir deles, uma nova raça de homens originar-se-á, através de um processo de fecundação direta por Deus. Somente então, segundo parece, poderá morrer de morte natural e, juntamente com o resto da humanidade, reconquistará um estado de beatitude. Nesse meio tempo, não apenas o Sol, mas também árvores e pássaros, que têm a natureza de ‘resíduos miraculados (bemiracled) de antigas almas humanas, falam-lhe com inflexões humanas, e coisas miraculosas acontecem por toda a parte a seu redor.’*

(RELATÓRIO DE 1899 DO DR. WEBER SOBRE O “CASO SCHREBER”)<sup>1638</sup>

Em sua obra “*Guida alla Procedura Penale*”, ao tratar da questão da história dos sistemas de processo penal, Franco Cordero analisou o que seria o padrão do comportamento dos juízes que trabalhavam sem jamais serem expostos ao contraditório no curso dos processos penais das inquisições da Idade Média, cunhando a expressão “quadros mentais paranoicos” como resultado desta solidão laboral dos inquisidores, admitindo que eles acabavam criando hipóteses mentais sobre os fatos que prevaleciam em relação a estes. Nas palavras de Franco Cordero:

*A solidão com que os inquisidores trabalham, nunca expostos ao contraditório, fora das grades dialéticas, talvez seja propício ao trabalho polícalesco, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Vamos chamá-los “primado das hipóteses sobre os fatos”; quem pergunta segue uma delas, às vezes a olhos fechados; nada a garante ser mais fundada em relação às*

<sup>1638</sup> FREUD, Sigmund. Observações Psicanalíticas Sobre um Caso de Paranoia (*Dementia Paranoides*) Relatado em Autobiografia (“O Caso Schreber”, 1911). In: **Obras Completas, Volume 10, Observações Psicanalíticas Sobre um Caso de Paranoia Relatado em Autobiografia (“O Caso Schreber”), Artigos sobre Técnica e Outros Textos**. Tradução de Paulo Cesar de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2010.



*alternativas possíveis, nem mesmo esse trabalho estimula cautela autocrítica; assim como as cartas do jogo estão em suas mãos é ele quem as põe na mesa, centra-se na “sua” hipótese.*<sup>1639</sup>

As duas expressões (“quadros mentais paranoicos” e “primado das hipóteses sobre os fatos”) passaram a servir de norte para a doutrina moderna de processo penal pensar a problemática psicológica da atividade do magistrado em relação à produção da prova<sup>1640</sup>. De uma referência à atuação do juiz em processos inquisitoriais medievais, sem qualquer influência externa, sem contraditório, sem ampla defesa, sem publicidade e nos quais se considerava o juiz como senhor absoluto e protagonista único de todo o rito, desde a identificação do delito e sua autoria, passando pela produção probatória até a sentença, como foi tratado por Franco Cordero, para a conclusão de que os juízes criam esses “quadros mentais paranoicos” e atuam sob a base do “primado das hipóteses sobre os fatos” toda vez que tivessem uma postura ativa na questão probatória, não demorou muito. Com efeito, parte da doutrina moderna acabou difundindo as expressões de Franco Cordero as quais hoje são por ela tomadas como “lemas” que justificam, por si só, a proibição do juiz participar de alguma forma ativa da produção da prova no processo penal.

E é compreensível que assim tenha ocorrido, pois, de fato, levando em conta o quanto se sabe hoje a partir da Psicologia Cognitiva e da Psicanálise e mesmo da prática cotidiana das investigações criminais, fica claro que, a partir de uma notícia de delito, o correspondente atuar investigativo exija a construção de hipóteses mentais que deverão ser testadas para tentar compreender e determinar se elas procedem ou não. Qualquer um que se coloque a investigar uma notícia de fato acabará por se comportar nesse modelo. Para ilustrar basta recordar das entrevistas com Delegados de Polícia em casos de repercussão midiática, nos quais ainda não se tenha informações da autoria e da motivação do crime. Ao ser indagado a esse respeito os

<sup>1639</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Ob. cit. p. 51. Tradução nossa. No original, em italiano: *La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglia dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoide. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti’; chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla ‘sua’ ipotesi.*

<sup>1640</sup> Vide, dentre outros: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Ob. cit., p. 178; e LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 164.

delegados costumam responder informando que as “linhas de investigação” são tais e tais e que não descartam a hipótese de ter acontecido isso ou aquilo. E, assim, saem fazendo verificações empíricas das hipóteses mentais que construíram inicialmente. E isso ocorre com qualquer ser humano que se proponha a investigar alguma coisa, incluso no plano científico. O problema é que, assim como Cordero ponderou com os juízes inquisidores medievais, não havendo contraditório, não há quem faça contrapontos às hipóteses mentais dos investigadores e, como estas podem, circunstancialmente, corresponder a “quadros mentais paranoicos”, podem igualmente, nestes casos, prevalecer sobre o fato ao final do processo decisório.

Carnelutti também já acenava para a problemática da contaminação psicológica que envolve a investigação:

*Observe-se que a busca implica um movimento, como resulta da palavra mesma, in-dagar, investigar; e assim um trabalho, psíquico e amiúde físico, o qual pode alterar o juízo no sentido de que o que busca pode ser levada a uma supervalorização dos resultados da busca; é inevitável e até indispensável que aquele que busca se apaixone durante a procura, desenhando-se nele um interesse em seu êxito; mas uma tal disposição de ânimo, se favorece a busca, prejudica a valoração; melhor que os de nossa própria se avaliam os resultados da busca alheia.*<sup>1641</sup>

Sucedo que as referidas análises de Cordero e Carnelutti são hoje levadas em conta toda vez que se refere à possibilidade do juiz interferir na produção probatória, mesmo que seja num processo no qual ele não investigou previamente – outra pessoa o fez –, no qual ele não é o acusador – outra pessoa acusou –, e mesmo independentemente da presença ou não de um contraditório e da ampla defesa ao longo da produção da prova. Para parte da doutrina moderna de processo penal, basta que o juiz tenha alguma postura ativa no âmbito probatório, mínima que seja, para que automaticamente essa mesma doutrina sentencie dizendo que essa possibilidade “é inquisitória e é paranoica”. Esse paralelismo automático de parte da doutrina moderna, numa primeira análise, informa certo exagero conclusivo, pois não se pode olvidar que Cordero tenha avaliado que a situação se dava diante da ausência de um contraditório,

<sup>1641</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lições Sobre o Processo Penal. Volume 1.** Tradução de Francisco José Galvão Bruno, Campinas: Bookseller, 2004, p. 212.

da ausência de ampla defesa e da ausência da dialética: *la solitudine in cui gli inquisitori lavorino, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche....* No modelo inquisitorial de Cordero fica fácil vislumbrar o problema psicológico que envolve o processo investigativo. Mesmo assim, levando em conta a Psicanálise, também é possível se admitir alguma probabilidade de o juiz – o ser-no-mundo-juiz – construir os “quadros mentais paranoicos” e atuar ao longo do processo em busca a dar prevalência às suas hipóteses mentais em relação aos fatos, na linha apresentada por Franco Cordero, ainda que com menor intensidade e frequência em comparação ao juiz inquisidor medieval, já que no processo de hoje se garantem às partes o contraditório, a ampla defesa, e o juiz não é mais o investigador preliminar da notícia-crime, nem tampouco se autoprovoca no início do processo. É que, como referido, a natureza humana faz com que qualquer um que se depare com a notícia de um delito elabore hipóteses mentais a seu respeito e estas, circunstancialmente, podem ser equivocadas. Vale a ressalva de que se o juiz saiu da inércia é porque ele aceitou que fracassou no que antecipou mentalmente, isto é, lhe faltam elementos probatórios para se convencer das hipóteses que construiu. Assim, de regra e na prática, o juiz não é “empurrado” para buscar aquilo que “já sabe”. Ele vai à cata daquilo que lhe falta, até porque precisa se convencer para decidir. É da natureza humana assim agir. Ainda mais em se tratando de alguém que tem o dever de prestar atenção ao caso e procurar conhecê-lo e compreendê-lo, pois deverá decidir a seu respeito, como é o caso do magistrado.

Então, guardadas as proporções do quanto se dava em relação ao juiz inquisitorial da Idade Média, apresentado por Franco Cordero, mesmo o juiz do atual modelo processual, pelo simples fato de ser humano, pode apresentar os tais “quadros mentais paranoicos” e elaborar hipóteses mentais que guardem primazia sobre os fatos.

No entanto, ainda é preciso ter cuidado para não deturpar de vez o quanto Franco Cordero quis pontuar ao referir à formação dos “quadros mentais paranoicos”. Uma situação é admitir que as pessoas – no caso, os juízes – possam construir, momentaneamente e circunstancialmente, “quadros”, isto é, recortes de representações mentais que se aproximem da ideia da paranoia no sentido de imaginar

hipóteses diversas do contexto do quanto se apresenta na realidade do caso penal. Outra, bem diferente, é rotular os juízes de paranoicos. Esse exagero do rótulo é identificado até mesmo em autores importantes da doutrina moderna de processo penal, que compreendem a dinâmica da Psicanálise, mas que chegam a indicar que os juízes seriam, de fato, paranoicos<sup>1642</sup>. Não que não possa existir algum magistrado que apresente tal doença, mas, seguramente, seria absoluta exceção. Enfim, não se pode ignorar o quanto de grave se insere nessa colocação, pois a paranoia é doença séria, conforme se vê em Freud e em sua análise do Caso Schreber<sup>1643</sup>, coincidentemente também ele um magistrado e ex-Presidente da Corte de Apelação da Saxônia que escreveu suas “Memórias de um doente dos nervos”, publicado em 1903, revelando ao mundo os delírios que teve em dois graves surtos paranoicos. Freud considerou, por exemplo, que “os paranoicos não podem ser impelidos a vencer suas resistências internas e, de toda forma, dizem apenas o que querem dizer”<sup>1644</sup>. E os paranoicos são movidos por delírios de perseguição, de erotomania, de ciúmes ou de grandeza,

---

<sup>1642</sup> Como se vê, por exemplo, em LOPES JR., Aury. Juízes Inquisidores? E Paranoicos. Uma Crítica à Prevenção a Partir da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: **Revista de Estudos Criminais**, nº 10, ano 3, Porto Alegre: Notadez/PUCRS/ITEC, 2003, pp. 121-126, p. 126, *verbis*: *Como já advertiu CORDERO, nessa estrutura domina o “primato dell’ipotesi sui fatti”, gerador de um “quadri mentali paranoide”. O cenário é doentio: devemos nos preparar para atuar com juizes paranoicos. E também de ROSA, Alexandre Moraes da. Variáveis Ocultas e Efeito Borboleta na Decisão Penal. In: Consultor Jurídico. Edição de 22 de março de 2014. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2014-mar-22/diario-classe-variaveis-ocultas-efeito-borboleta-decisao-penal#\\_ftn2\\_2565](http://www.conjur.com.br/2014-mar-22/diario-classe-variaveis-ocultas-efeito-borboleta-decisao-penal#_ftn2_2565), acesso em 27 de julho de 2014, *verbis*: *Franco Cordero chamou isso de postura paranoica, ou seja, o primado das hipóteses sobre os fatos, como visto anteriormente, tão bem articulada no Brasil por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, via psicanálise. Essa ancoragem antecedente em imagens pode gerar a fixação do convencimento e as informações trazidas no decorrer da instrução processual servem para simples confirmação, seja de que qualidade for. Essa postura paranoica é sedutora. Em primeiro lugar, pensando do ponto de vista histórico, o julgador é colocado como portador da (imaginária) Verdade Real, potencializada pela teoria de processo (relação jurídica) pela qual os jogadores dão os fatos e o juiz o direito. A manifestação paranoica se dá pela certeza do sujeito em possuir a verdade e não qualquer verdade, mas a Verdade Real. Portador da verdade é capaz de pontificar, apresentar a solução para todos os problemas, indicar as causas e as soluções, enfim, postar-se no lugar de Salvador. E a tentação de ocupar esse lugar é permanente, afinal, não seria maravilhoso poder reparar o mundo, reformar as coisas, ajudar as pessoas a andarem no caminho certo e do bem? A pergunta é a posta por Agostinho Ramalho Marques Neto: quem nos salva da bondade dos bons? Paranoicos, acrescento eu. A estrutura psíquica do sujeito é singular, pois vai depender da passagem pelo traumatismo de se perceber não mais o objeto de satisfação da mãe. Não complicarei mais, há referências para quem quiser entender. O mais interessante, todavia, é que o paranoico procurar ser parado, está à procura de um limite, de alguém ou algo que o possa deter.**

<sup>1643</sup> FREUD, Sigmund. Observações Psicanalíticas Sobre um Caso de Paranoia (*Dementia Paranoides*) Relatado em Autobiografia (“O Caso Schreber”, 1911). Ob. cit., pp. 13 e ss..

<sup>1644</sup> FREUD, Sigmund. Observações Psicanalíticas Sobre um Caso de Paranoia (*Dementia Paranoides*) Relatado em Autobiografia (“O Caso Schreber”, 1911). Ob. cit., p. 14.

apresentando fases (fixação, repressão e a irrupção ou retorno do reprimido) que formam os sintomas, como anotou Freud<sup>1645</sup>. O paranoico, então, segundo Freud, destrói e reconstrói o mundo mediante seu delírio, ainda que não o faça sempre, nem o tempo todo<sup>1646</sup>.

Então não é possível confundir a expressão de Cordero, de um “quadro mental paranoico”, com a doença em si. São situações bem distintas e isso precisa ficar claro. Para Cordero, como se vê da passagem acima transcrita, os “quadros mentais” significam apenas que o magistrado possa, no caso concreto que está atuando, criar recortes mentais que tomem como “reais” determinadas imagens que ele construiu na cabeça, como explica Jacinto Coutinho<sup>1647</sup>. Aliás, Jacinto Coutinho deixa bem clara a ideia de Cordero na seguinte passagem de outro texto:

*Ora, navegando com o pensamento para o futuro e para o passado, tende-se a acreditar nas imagens produzidas pela razão. É certo, não obstante, que tal crença não é definitiva e, assim, poder-se-ia dizer que admite prova em contrário, ou seja, pode-se voltar atrás da posição anteriormente tomada, mesmo porque, se assim não fosse, a imagem assumida se converteria em real e se estaria diante de uma psicose típica, a paranoia. Sem poder descartar tal hipótese, a regra é que assim não seja e, por isso, Cordero, como se vê, fala em “quadros mentais paranoicos”.<sup>1648</sup>*

O juiz, então, pode tomar como “verdadeiro” o mero imaginário e, assim, podem prevalecer determinadas hipóteses sobre o que possa ter acontecido no passado que não correspondam ao fato (“o primado das hipóteses sobre os fatos”, como diz Cordero). O curioso é que dessa afirmação de Cordero pode-se extrair que ele trabalha com uma visão de verdade como correspondência, criticando os inquisidores que, ao

<sup>1645</sup> FREUD, Sigmund. Observações Psicanalíticas Sobre um Caso de Paranoia (*Dementia Paranoides*) Relatado em Autobiografia (“O Caso Schreber”, 1911). Ob. cit., pp. 84 e ss..

<sup>1646</sup> FREUD, Sigmund. Observações Psicanalíticas Sobre um Caso de Paranoia (*Dementia Paranoides*) Relatado em Autobiografia (“O Caso Schreber”, 1911). Ob. cit., p. 94.

<sup>1647</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, Para os Operadores do Direito**. Ob. cit., p. 86, *verbis*: Neste ponto, o processo penal acerta as contas com o obscuro: a escolha inquisitorial é determinada pela imagem – quiçá a primeira –, tomada como possível, como real, como verdade: eis o quadro mental paranoico. Decide-se antes (o que é normal, no humano, repita-se); e depois raciocina-se sobre a prova para testar a escolha.

<sup>1648</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., p. 12.

invés de considerarem o fato real (como se isso fosse possível discursivamente – não se deve esquecer que a mente - o pensar e o inconsciente – operam por linguagem como se viu na Primeira Parte deste trabalho), acabam fixando essa análise em hipóteses que teriam primazia sobre ele.

Ao que parece, então, não se trata de levar em conta que seja possível se atingir a verdade dos fatos, de forma absoluta, como já explorado acima, mas também de considerar que o ser humano, como ser-no-mundo inserido em sua faticidade e considerando sua finitude, com poder, até pode estar orientado pela hipótese mental que ele tenha construído do caso penal a partir de seus pré-conceitos e siga apenas este caminho, desconsiderando outras possibilidades.

Assim, não obstante o processo penal esteja delimitado por um fato específico narrado na denúncia oferecida pelo Ministério Público e imputado ao acusado (o qual baliza a discussão e limita o exercício do poder jurisdicional – princípio da correlação), o que se constrói, tanto na denúncia, quanto ao final do processo é, quando muito<sup>1649</sup>, uma das possíveis narrativas do que possa ter realmente acontecido no passado. Não é demais fazer um parêntese aqui para dizer que com isso não se quer afirmar que “só existem narrativas, não existem fatos”, como dizia Nietzsche e como os relativistas pregam com entusiasmo, mas considerar que o todo do fato é demais para o ser humano e as limitações do processo não permitem que ele seja alcançado em sua plenitude.

Nesse percurso, um dos problemas mais graves remonta ao fato de que boa parte dos magistrados – e mesmo dos seres humanos em geral – continua enxergando e compreendendo o mundo através do método silogístico aristotélico que, como já foi destacado na Primeira Parte deste trabalho, não raras vezes é orientado a partir de entimemas, isto é, de premissas dadas como certas sem reflexão<sup>1650</sup>. Os juízes, em várias ocasiões, são “máquinas de fazer silogismos”, na expressão de Calamandrei<sup>1651</sup>.

<sup>1649</sup> Por vezes nem mesmo isso ele consegue, haja vista a dúvida que possa permanecer na cabeça do magistrado que seja de tal ordem que ele considere insuperável e, portanto, conducente a uma decisão absolutória no estilo *non liquet*.

<sup>1650</sup> No mesmo sentido: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, Para os Operadores do Direito**. Ob. cit., p. 82. *verbis*: *Pense-se, nesta esteira, por exemplo, em como estuda-se - e ensina-se - a sentença e o ato de sentenciar; o requerimento-petição e o ato de requerer, e assim por diante. Tudo, enfim, resume-se a silogismos, muitas vezes sem qualquer sentido; ou, o que é muito pior, que dão, categoricamente, “o” sentido. E*

E aí reside um dos problemas centrais desse método. Ao se colocar o silogismo no contexto do modo de pensar e decidir do magistrado se pode evidenciar seu raciocínio partindo de um entimema ou de uma crença na decisão por ele tomada no processo penal. Jacinto Coutinho dá um exemplo que vivenciou junto com seu amigo Paulo Moacir Wilhelm Rocha, quando ambos ainda eram estagiários na Assistência Judiciária e indagaram ao juiz, Dr. Antoninho Domingues, qual seria o caso a ser julgado naquela tarde. Obtiveram como resposta: “Artigo 155, Dr.!”<sup>1652</sup>, sendo que essa frase foi proferida no exato momento em que a Polícia Militar entrou na sala de audiência “arrastando pelas algemas um réu, que vinha vestido da forma clássica daquela época (final dos anos 70): o tênis era kichute (sem meia), a calça era de tergal, o cinto era uma corda de sisal, pequena o suficiente para apenas segurar a calça, já que se retiraram os cintos dos cidadãos nos presídios, a camiseta era das de posto de gasolina (toda suja, com alguns furos, o que parecia ser já muito usada) e, para completar, trazia um invariável gorro vermelho e preto na cabeça”<sup>1652</sup>. E prossegue Jacinto: “era impossível uma reação diferente de todos, inclusive do Dr. Antoninho, que não aquela, de um riso desenfreado”, considerando que se estava “diante da fotografia do ‘ladrão modelo’, da ‘figura do ‘larápio lombrosionalmente nato’”;

---

também, do mesmo autor: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Devido Processo Legal (Penal) e o Poder Judiciário. In: **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. AVELÃS NUNES, Antonio José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Organizadores), Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2004, pp. 291-300, pp. 296 e ss., *verbis*: *De premissas falsas – forjadas pelo imaginário – chega-se, sem grande esforço, a conclusões falsas. É assim que sempre se fabricou – e segue-se fabricando – delitos e delinquentes, em nome da crença nas imagens, hoje disseminadas (as imagens) como nunca a partir dos meios de comunicação*. E, em nota de rodapé, cita caso concreto da “crônica policial”, publicado no Jornal Gazeta do Povo do dia 27 de dezembro de 2003, que ilustra o problema do entimema: “Dois homens e um adolescente presos por engano há nove dias”. *Dois homens e um adolescente estão presos há nove dias em uma cadeia de Curitiba por engano. O borracheiro Anderson Lopes, de 28 anos, o catador de papel Marcelo Godim, de 25, e um menor foram confundidos com assaltantes que mataram o comerciante Éderson Maciel no bairro Sítio Cercado, no dia 17. Na sexta feira, a polícia conseguiu prender um homem que confessou fazer parte da quadrilha que matou o comerciante. O trio preso por engano continua na cadeia, pois ainda falta a assinatura do juiz para que eles possam ser libertados. (...) seu carro foi confundido pela polícia com o do assaltante da padaria*. Poucos dias depois de sair da cadeia, Anderson cometeu suicídio.

<sup>1651</sup> CALAMANDREI, Piero. **Proceso Y Democracia**. Tradução para o espanhol de Héctor Fix-Zamudio. Lima: Ara Editores, 2006, p. 64.

<sup>1652</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Estrangeiro do Juiz ou o Juiz é o Estrangeiro? In: **Direito e Psicanálise. Interseções a Partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, Coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, pp. 69-83, pp. 75-76.

“claro, não ríamos dele mas da conjugação de uma lógica dedutiva (premissa maior, premissa menor e conclusão: crime de furto, figura do réu e cadeia)”<sup>1653</sup>.

A situação se agrava quando o magistrado mescla o método silogístico aristotélico com uma forma solipsista e cartesiana de olhar o mundo. Nesse caso ele se amarra na construção “da sua verdade” a partir do método silogístico aristotélico e pode acabar partindo de falsos entimemas, isto é, de premissas que não são demonstradas, mas que ele acredita que sejam “verdadeiras” para construir seus silogismos conclusivos. E estes entimemas, porque são falsos, também decorrem daquela série de pré-conceitos, por vezes impulsionados pelo inconsciente, como, depois de Freud, consegue-se compreender. O resultado acaba sendo uma decisão pautada em premissas falsas e embasada em falsos silogismos que constroem hipóteses as quais acabam prevalecendo como “verdades”. O próprio Calamandrei que acenou para o juiz como uma “máquina de silogismos” não descuidou de observar a realidade diversa que opera na prática, atestando que “aquele que imagina a sentença como um silogismo não vê a sentença viva, mas apenas seu cadáver, seu esqueleto, sua múmia”<sup>1654</sup>. O método analítico, portanto, depois da compreensão de como opera o inconsciente freudiano, não merece servir de norte isolado para a decisão processual penal.

Com efeito, o que por vezes acontece na prática é que o juiz acaba invertendo a lógica do silogismo, primeiro elegendo a versão que lhe conforta, orientado pela ideia de que possa julgar pelo seu “livre convencimento” e depois buscando os argumentos necessários para justificar sua escolha. Cernelutti<sup>1655</sup> e Calamandrei<sup>1656</sup> já alertavam para essa inversão lógica e, na doutrina brasileira, pode-se citar, além de Nilo Bairros de Brum<sup>1657</sup>, a importante contribuição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>1658</sup>. O psicólogo David Kahneman apresenta um exercício que bem ilustra como a maioria das

<sup>1653</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Estrangeiro do Juiz ou o Juiz é o Estrangeiro? In: **Direito e Psicanálise. Interseções a Partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus**. Ob. cit., p. 76.

<sup>1654</sup> CALAMANDREI, Piero. **Proceso Y Democracia**. Ob. cit., p. 65.

<sup>1655</sup> CERNELUTTI, Francesco. **Verità, Dubbio, Certezza**. Ob. cit., p. 06.

<sup>1656</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles os Juízes, Vistos por um Advogado**. Ob. cit., pp. 176 e ss..

<sup>1657</sup> BRUM, Nilo Bairros de. Ob. cit., p. 72.

<sup>1658</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Cernelutti, Para os Operadores do Direito**. Ob. cit., p. 86.



peessoas se comporta diante e a partir de seus pré-conceitos, de suas crenças, em falsos silogismos que aparentam ser verdadeiros e de fácil aceitação:

*Agora vou mostrar um argumento lógico – duas premissas e uma conclusão. Tente determinar, o mais rapidamente que conseguir, se o argumento é logicamente válido. A conclusão parte das premissas?*

*Todas as rosas são flores.*

*Algumas flores murcham rápido.*

*Logo, algumas rosas murcham rápido.*

*A grande maioria dos estudantes universitários endossa esse silogismo como válido. Na verdade, o argumento é falho, pois é possível que as rosas não estejam entre as flores que murcham rápido. Assim como no problema do bastão e bola, uma resposta plausível vem imediatamente à cabeça. Superá-la exige trabalho duro – a ideia insistente de que “é verdade, é verdade!” torna difícil verificar a lógica, e a maioria das pessoas não se dá ao trabalho de pensar sobre o problema.<sup>1659</sup>*

E Kahneman ainda conclui – a partir do exemplo experimentado – que “quando as pessoas acreditam que uma conclusão é verdadeira, também ficam muito propensas a acreditar nos argumentos que parecem sustentá-la, mesmo que esses argumentos não sejam confiáveis”<sup>1660</sup>.

Sucedem que não apenas o senso comum das pessoas trabalha nesse plano silogístico sem levar em conta o risco das crenças, dos entimemas que prevalecerem nas premissas, como também parcela significativa da doutrina processual penal ainda labora nesse prisma. No direito brasileiro serve de exemplo o discurso de alguns doutrinadores muito utilizados ainda hoje como referência pela jurisprudência, a respeito do trabalho do juiz na sentença. Estes autores também apresentam o método silogístico, sem considerar os riscos, quando informam a respeito da sentença penal, considerando apenas que o juiz deve aplicar a lei (premissa maior) ao fato (premissa menor), e daí extrair sua decisão (síntese). Nesse sentido, a título ilustrativo, Fernando

<sup>1659</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio de Arantes Leite, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 60.

<sup>1660</sup> KAHNEMAN, Daniel. Ob. cit., p. 60.

da Costa Tourinho Filho, com o agravante deste autor ainda crer na visão positivista exegética da neutralidade judicial (“vontade da lei”):

*....o juiz faz atuar a vontade da lei naquele caso concreto. O juiz transfunde na sentença a imperatividade que se contém na norma. (...) A função da sentença é declarar o direito. Quando o juiz procede à subsunção do fato à norma, aplicando o direito à espécie concreta, ele nada mais faz do que declarar o direito preexistente.*<sup>1661</sup>

De forma bastante enxuta e direta, em seu “Curso de Direito Processual Penal”, Ana Flávia MESSA assim coloca a questão:

*A doutrina entende a sentença como um silogismo: a) premissa maior (lei); b) premissa menor (fato); c) conclusão (subsunção do fato à lei).*<sup>1662</sup>

E depois ainda complementa, dizendo que a “sentença é um ato de vontade do julgador, resultado de uma atividade mental, em que há a aplicação da lei ao caso concreto, baseada no livre-convencimento motivado”. Como se vê, a autora mescla o silogismo aristotélico com uma linha solipsista-positivista-normativista kelseniana, na qual o juiz decide à luz de sua “vontade”, vinculando essa liberdade ao “princípio do livre convencimento motivado”.

José Carlos G. Xavier de Aquino, ao tratar de como o juiz deve avaliar a prova, diz:

*Disso tudo depreende-se que o magistrado, ao receber o fato jurídico a ser por ele apreciado, deve proceder a um exame acurado da prova testemunhal recolhida, analisando-a sob quatro prismas diferentes:*

- a) a forma de expressão da testemunha;*
- b) a sua condição pessoal;*
- c) o grau de confiabilidade;*
- d) o teor do depoimento.*

<sup>1661</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 690.

<sup>1662</sup> MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 699.

*Só assim, examinando com acuidade todas as causas que circundam o testemunho, o julgador poderá aferir sua veracidade.*<sup>1663</sup>

Nesta passagem, o autor estabeleceu quatro premissas maiores às quais o depoimento (premissa menor) deve se ajustar para que dele o juiz extraia a sua “veracidade” (síntese).

Nos dois trechos acima transcritos esquecem-se os autores, no entanto, do alerta aristotélico: a premissa maior deve ser sempre verdadeira. No caso, não há como garantir que a “forma de expressão da testemunha”, a “condição pessoal” da testemunha; o “grau de confiabilidade” da testemunha e, por fim, o “teor do depoimento” não possam ter sido moldados, seja na testemunha, seja no magistrado, de forma falsa, traumática, inconsciente, construindo os chamados pré-conceitos, os pré-juízos de valor, ou as falsas memórias. O mesmo se diga da análise que o juiz faça. Assim, ainda que as pré-compreensões estruturantes, referidas pela Hermenêutica Filosófica, sirvam de condição de possibilidade para a compreensão da fala da testemunha, caminham ao lado delas as possíveis outras premissas subjetivas e aí pesa o inconsciente e também pesam os pré-conceitos e pré-juízos de valor. Pesa, enfim, a ausência de neutralidade do ser humano, do ser-no-mundo juiz. E tudo isso é capaz de gerar os “quadros mentais paranoicos” nos quais “as hipóteses prevalecem sobre os fatos”, de que fala Cordero.

Nessa linha, o juiz com poderes probatórios plenos seria impulsionado a selecionar apenas as provas que permitissem “confirmar” suas prévias hipóteses mentais, descartando e/ou minimizando a importância de tudo quanto possa contrariá-la. Do mesmo modo como ocorre no modelo de juiz inquisidor pintado por Cordero, como as partes não podem interferir de forma alguma no curso da instrução probatória, é apenas a hipótese mental do magistrado que norteia a coleta da prova. Assim, o resultado que se obtém pode ser deturpado, sem que as partes possam provocar mudanças nesse processo mental que costuma conduzir a uma decisão torta, haja vista que o magistrado é o senhor absoluto da gestão probatória.

---

<sup>1663</sup> AQUINO, José Carlos G. Xavier de. Ob. cit, pp. 68-69.

No Brasil já se teve modelo aproximado (de contraditório e de ampla defesa praticamente ausentes neste momento da coleta da prova), vigente até, pelo menos, a reforma do art. 212 do Código de Processo Penal em 2008. Na redação primitiva do Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, a audiência de inquirição de testemunhas e do interrogatório era orientada pelo chamado “sistema presidencialista”, no qual o juiz era o único a interagir com as testemunhas e o acusado. As perguntas das partes, como se sabe, somente poderiam surgir ao final do ato, depois de o juiz ter esgotado toda sua curiosidade inquisitiva, e apareciam apenas como “sugestões” de perguntas direcionadas ao magistrado, o qual, quando as aceitava, tomava-as para si, reformulando-as para, só então, perguntar – sempre ele e com suas palavras – para a testemunha. A resposta desta, por sua vez, era igualmente processada na mente do julgador que ditava um resumo, mais uma vez com suas palavras, para o escrivão anotar em ata. O que se documentava em termos de prova no processo era, desde então, uma fala filtrada pela vontade do julgador. Interessante é ver como a doutrina brasileira tradicional regrediu nessa compreensão, pois já na época do Império, o primeiro processualista penal nascido e formado no Brasil<sup>1664</sup>, Pimenta Bueno, tinha percebido e alertado para o quanto os juízes “profissionais” acabavam se tornando insensíveis ao drama do processo com o passar do tempo, criando até mesmo estereótipos e preconceitos de classe. Nas palavras de Pimenta Bueno, ao indicar as vantagens do modelo de júri em relação ao juiz togado:

*A segunda vantagem é a que provém da diversidade de character, habitos e numero do julgador, a quem assim se entrega a apreciação do facto. O jury é um juiz casual sem ódio, sem suspeita para o accusado, tirado pela sorte do seio dos cidadãos, não conhecido de antemão ou depurado pelas recusações, não prevenido pelo habito de julgar frequentemente os crimes, e de suppô-lo no accusado. O juiz permanente ou singular, pelo contrario, é de antemão conhecido e porventura antipathico ao réo, homem que adquire habitos inflexiveis, e que pende quasi sempre*

<sup>1664</sup> Sua importância reside não apenas na questão cronológica, pois, se comparada com outros textos de autores de renome do processo penal do Império, a exemplo de Joaquim Ignácio de Ramalho, Lente da Faculdade de Direito de São Paulo e que, um ano antes da 2ª edição do texto de Pimenta Bueno, em 1856, publicou “*Elementos do Processo Criminal para uso das Faculdades de Direito do Império*”, e também de Manoel Mendes da Cunha e Azevedo, Lente da Faculdade de Direito do Recife e que três anos depois da 1ª edição de Pimenta Bueno, em 1852, publicou “*Observações Sobre Vários Artigos no Código do Processo Criminal*”, pode-se afirmar que a riqueza da pesquisa, da organização dos temas, da didática, dos comentários, das críticas e das observações de direito comparado feitas por Pimenta Bueno superam, e muito, os precários textos que o seguiram.

*para a punição. De mais, é um só; si erra, seu erro não tem correctivo, não é como o jury composto de doze intelligencias e doze votos que discutem, se corrigem e em regra preferem a determinação mais justa.*<sup>1665</sup>

A questão também pode ser lida na forma de autoengano fruto de uma “dose elevada de verossimilhança” e de convicções pessoais, como refere o filósofo Fernando Gil:

*quando julgamos possuir uma dose elevada de verossimilhança aceitamos algo em termos de convicção. Mas fazemo-lo depressa demais, ou seja, com uma margem de engano de nós próprios, ao qual consentimos por uma ‘self-deception’ mais ou menos voluntária a que fechamos os olhos, ou por uma vontade fraca, uma forma de akrasia*<sup>1666</sup>

Fechar os olhos e se deixar levar por essa “vontade fraca” de aceitar um autoengano que libere o predomínio dos “quadros mentais paranoicos”, portanto, é algo que se não pode ignorar quando se discute a questão da produção probatória e do poder de decidir nas mãos do magistrado. Tudo isso vem reforçado pelo quanto a Psicologia Cognitiva de Daniel Kahneman já explorou, como se passa a expor.

#### **Seção IV – O duplo sistema decisório na Psicologia Cognitiva de Daniel Kahneman.**

*Os tomadores de decisão às vezes estão mais capacitados a imaginar as vozes dos fofoqueiros presentes e dos críticos futuros do que a escutar a hesitante voz de suas próprias dúvidas.*

(DANIEL KAHNEMAN)<sup>1667</sup>

<sup>1665</sup> BUENO, José Antonio Pimenta. **Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro**. 2ª ed. Correcta e augmentada. Rio de Janeiro: Empreza Nacional do Diário, 1857, p. 38.

<sup>1666</sup> GIL, Fernando. Reflexões Sobre a Prova, Verdade e Tempo. In: CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. Ob. cit., p. 174.

<sup>1667</sup> KAHNEMAN, Daniel. Ob. cit., p. 523.

Produzindo resultado similar ao quanto Franco Cordero identificou no plano psiquiátrico e também quanto ao que Fernando Gil percebeu no âmbito filosófico, em relação à forma de se constituir o processo decisório na mente do sujeito, Daniel Kahneman explicita, no campo da Psicologia Cognitiva<sup>1668</sup>, a identificação do duplo sistema da forma de pensar e tomar decisões do ser humano: o Sistema 1 que “opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário”; e o Sistema 2 que “aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos”<sup>1669</sup>. Estes dois sistemas representam, respectivamente, o pensamento rápido e o pensamento lento, sendo que o Sistema 1 funciona o tempo todo, intuitiva e automaticamente, ao passo que o Sistema 2 “está normalmente em um confortável modo de pouco esforço”<sup>1670</sup>, ou seja, é preguiçoso.

Porém, convém não apostar que o Sistema 2 seja melhor que o 1 apenas por ser mais elaborado, refletido. É que Kahneman demonstra que o Sistema 2 acaba sendo moldado a partir do Sistema 1, o qual gera sugestões, impressões, intuições e sentimentos para o Sistema 2. Estas, se endossadas, tornam-se crenças<sup>1671</sup>. Então, tem-se o efeito de “influência mútua” entre os dois Sistemas<sup>1672</sup>.

Acontece que, ainda que a maior parte daquilo que o Sistema 2 “pensa e faz” origine-se do Sistema 1, é o Sistema 2 quem “assume o controle quando as coisas ficam difíceis, e normalmente ele tem a última palavra”<sup>1673</sup>. Porém, como o Sistema 2 é mais preguiçoso, ele costuma dar-se por satisfeito com as sugestões do Sistema 1. Assim, diz Kahneman, é preciso provocar uma tensão que altere o conforto cognitivo permitindo que as pessoas superem “alguns dos fatores superficiais que produzem ilusões de veracidade quando fortemente motivadas a assim fazer”<sup>1674</sup>. A tensão cognitiva, diz Kahneman, “tende a mobilizar o Sistema 2, mudando a abordagem que

---

<sup>1668</sup> Segundo Robert J. Sternberg, este é o ramo da Psicologia que estuda como as pessoas percebem, aprendem, lembram-se e pensam a informação. STERNBERG, Robert J. **Psicologia Cognitiva**. Ob. cit., p. 01.

<sup>1669</sup> KAHNEMAN, Daniel. Ob. cit., p. 29.

<sup>1670</sup> KAHNEMAN, Daniel. Ob. cit., p. 33.

<sup>1671</sup> KAHNEMAN, Daniel. Ob. cit., p. 33.

<sup>1672</sup> KAHNEMAN, Daniel. Ob. cit., p. 22.

<sup>1673</sup> KAHNEMAN, Daniel. Ob. cit., p. 34.

<sup>1674</sup> KAHNEMAN, Daniel. Ob. cit., p. 85.

as pessoas fazem dos problemas de um modo intuitivo casual para um modo mais empenhado e analítico”<sup>1675</sup>.

Transportando essa análise para o que sucede em audiência no processo penal, é possível dizer que o juiz pode tomar decisões rápidas, irrefletidas a respeito do caso penal a partir de suas “impressões”, “intuições” e “sentimentos” em relação, por exemplo, à fala de uma testemunha, e tende a ficar com elas como se fossem verdadeiras, pois o Sistema 2 é indolente e como referiu Daniel T. Gilbert, inspirado em Baruch Spinoza, “a aceitação de uma ideia é parte de uma automática compreensão desta ideia”, sendo que “as pessoas são criaturas crédulas que acham muito fácil acreditar e muito difícil duvidar” <sup>1676</sup>. Como diz também Kahneman, “a pessoa deve primeiro saber o que a ideia iria significar se fosse verdadeira”<sup>1677</sup>.

Assim, para fazer prevalecer no processo decisório final o Sistema 2, mais elaborado e refletido e evitar que ele seja conduzido também pelas pré-impressões equivocadas, é necessário criar uma tensão cognitiva capaz de modificar as ilusões de veracidade confortavelmente aceitas pelo Sistema 2. E isso se faz com novos estímulos externos que provoquem no Sistema 1 uma tal influência que esse realmente o Sistema 2. Ou seja, para operar transformações no processo decisório é necessário “ativar” o Sistema 2 mediante uma tensão cognitiva. Por vezes as intervenções do Ministério Público e da Defesa acabam provocando parcialmente essa tensão cognitiva quando dialogicamente atuam na produção da prova. Mas não raras vezes suas intervenções são insuficientes para provocar a tensão necessária a gerar uma mudança de abordagem do Sistema 1 para o Sistema 2, pois não apresentam nada de novo que pudesse exigir esforço cognitivo do juiz e, então, a decisão embasada apenas no Sistema 1 prevalece. Nesse caso, “quando a informação é escassa, o que é uma ocorrência comum, o Sistema 1 opera como uma máquina

---

<sup>1675</sup> KAHNEMAN, Daniel. Ob. cit., p. 85.

<sup>1676</sup> GILBERT, Daniel T.. *How Mental Systems Believe*. In: **American Psychologist**. Vol. 46, nº 02, University of Texas Austin, Fevereiro de 1991, pp. 107-119, disponível em [http://www.wjh.harvard.edu/~dtg/Gilbert%20\(How%20Mental%20Systems%20Believe\).PDF](http://www.wjh.harvard.edu/~dtg/Gilbert%20(How%20Mental%20Systems%20Believe).PDF), acesso em 17 de agosto de 2014. Tradução nossa. No original, em inglês: *The acceptance of an idea is part of the automatic comprehension of that idea (...) People are credulous creatures who find it very easy to believe and very difficult to doubt.*

<sup>1677</sup> KAHNEMAN, Daniel. Ob. cit., p. 105.

tirando conclusões precipitadas”<sup>1678</sup>. E se o juiz decide apenas com essas “informações escassas”, como já referido, etimologicamente, ele “corta fora” o elo comunicacional com as partes e com a testemunha e permanece apenas com suas “conclusões precipitadas”.

Num modelo processual de absoluta inércia, se o juiz sabe que não pode aprofundar nada do que lhe vai à mente, tende a ficar com apenas o Sistema 1 ativo, ou seja, tende a dar preferência às impressões iniciais. Se estas costumam ser falsas impressões e o juiz é inerte, não há como as partes possam resgatar o elo comunicativo com o Sistema 2 do juiz, devendo-se conformar com o que vier externado por ocasião da sentença. E, se o juiz não considera uma resposta da testemunha – a uma pergunta formulada por uma das partes no processo – como satisfatória, não podendo esclarecê-la, tenderá a fazer com que o Sistema 1 encontre outra resposta relacionada que seja mais fácil e que vai responder àquela necessidade de satisfação. Kahneman chama essa forma de operar da mente humana de “operação de responder a uma pergunta em lugar de outra de *substituição*”<sup>1679</sup>. O juiz passa por um processo de *heurística*, isto é, adota um “procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis. A palavra vem da mesma raiz que *heureka*”<sup>1680</sup>. A heurística representa, assim, uma espécie de “atalho do pensamento” que atua como “princípio geral que auxilia a pessoa na tomada de decisões”, como refere Jordi Nieva Fenoll<sup>1681</sup>.

De outra sorte, se o juiz sabe que ao passar por um processo de tensão por conta da falta de explicação adequada da prova produzida em audiência poderá buscar esclarecimentos, o Sistema 2 permanece ativo e o processo de substituição do Sistema 1 tende a não ocorrer. Assim, quando algo é obscuro, não facilmente compreendido pelo juiz, o Sistema 2 se ativa e rejeita a resposta intuitiva do Sistema 1<sup>1682</sup>. Uma mudança poderá ocorrer, agora a partir do Sistema 2, fazendo ver ao Sistema 1 do juiz, como ele estava equivocado inicialmente.

<sup>1678</sup> KAHNEMAN, Daniel. Ob. cit., p. 111.

<sup>1679</sup> KAHNEMAN, Daniel. Ob. cit., pp. 126-127.

<sup>1680</sup> KAHNEMAN, Daniel. Ob. cit., p. 127.

<sup>1681</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La Duda en el Proceso Penal*. Ob. cit., p. 54.

<sup>1682</sup> KAHNEMAN, Daniel. Ob. cit., p. 86.



A partir do quanto foi acima considerado, notadamente por conta da possibilidade de serem construídos os “quadros mentais paranoicos” de que fala Cordero e do Sistema 1 prevalecer, para usar também a linguagem de Khaneman, parece hoje inquestionável que autorizar o juiz a ser o senhor absoluto da produção da prova não é desejável num processo penal que prime por evitar decisões erradas nas quais prevaleçam as hipóteses. Este modelo de juiz como único gestor da prova e, assim, com exclusão da efetiva participação das partes nesse processo é nocivo e conduz a decisões tortas. Ademais, praticamente reduz o contraditório e ampla defesa a *tabula rasa* na audiência de instrução, justamente no momento em que estes princípios seriam de fundamental importância garantista. De fato, produzir provas sem efetivo contraditório e ampla defesa simultâneos, significa alijar a possibilidade das partes se aproveitarem deste momento para demonstrar e defender suas teses e também provocar o efeito de “captura psíquica do julgador”. De resto, sem a atuação primordial das partes na gestão da prova, ausente o contraditório e a ampla defesa, deixa-se em segundo plano a possibilidade delas atuarem efetivamente em seu papel de constrangedores das evidências probatórias.

Preferível, portanto, que as partes sejam as principais gestoras da prova e que o juiz se mantenha afastado do protagonismo processual absoluto. Isso, no entanto, não significa dizer que a inércia plena do magistrado seja uma saída para evitar os “quadros mentais paranoicos” e as consequentes prevalências das “hipóteses sobre os fatos” como refere Cordero e como tem pregado a doutrina moderna de processo penal, fortemente influenciada pelo rótulo de considerar qualquer atividade do juiz como “inquisitória” e, portanto, abominável.

Para compreender o quanto é problemática a inércia absoluta (isto é, inclusive para obter esclarecimentos da prova introduzida pelas partes), exige-se aqui a retirada do Véu de Maia e o prévio abandono dos pré-conceitos inautênticos do que se pode denominar de “senso comum teórico-crítico dos juristas” nessa análise, como já referido. Só assim será permitido enxergar outros aspectos igualmente relevantes nessa discussão e que vêm sendo desconsiderados em razão da crença ilusória da dicotomia sistêmica “pura”. Enfim, é com o abandono da vinculação discursiva da pretensão de pureza na dualidade “acusatório-inquisitório” e dos sentidos rotulados de

“elogioso” ou “pejorativo” que um e outro respectivamente vem sendo representados pela doutrina moderna, que se poderá compreender que o juiz inerte e afastado da produção da prova por completo (sem possibilidade de esclarecer aspectos da prova introduzida pelas partes) é tão perigoso para ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa quanto o juiz senhor absoluto da gestão probatória.

Compreendida, assim, toda essa problemática que envolve a diferenciação hermenêutica entre a pré-compreensão e os pré-conceitos, passando pela ausência de neutralidade do ser-no-mundo, pela possibilidade de formação dos referidos “quadros mentais paranoicos”, e pelo duplo sistema decisório da Psicologia Cognitiva, a questão central que surge é como controlar esse juiz no curso de seu processo decisório. Ao longo dos últimos três séculos, foram inúmeras as tentativas da doutrina e da filosofia nesse sentido, sendo relevantes destacar aquelas mais recentes, de Kelsen até os dias de hoje, como se abordará a seguir.

## **Capítulo II – As soluções de controle do juiz na interpretação do texto legal.**

*Oh bocas cheias de perigos, que, com uma língua apenas, tanto podem matar como dar vida, dobrando a lei com tais e tais caprichos, que o justo e o injusto espetam no apetite que os maneja à vontade!*

(WILLIAM SHAKESPEARE)<sup>1683</sup>

Em diversas ocasiões recentes a Suprema Corte brasileira tem-se pautado por interpretações que desconsideram a coerência e a integridade hermenêutica que prega Ronald Dworkin dando preferência ao decisionismo de viés kelseniano-positivista e/ou fazendo prevalecer a discricionariedade na vertente proposta por H. L. A. Hart ou, ainda, naquela da argumentação jurídica de Robert Alexy.

Assim, julgados nos quais se vêem argumentações na linha do “decido conforme minha consciência”, ou “interpretar é um ato de vontade” ou “quem diz o que é a Constituição é o Supremo”<sup>1684</sup>, estão cada vez mais presentes, principalmente naquilo que Hart, Dworkin e Alexy denominam como sendo os chamados “casos difíceis”, nos quais o ativismo se apresenta de forma mais evidente. É a filosofia da consciência falando alto em plena era da filosofia da linguagem, conduzindo ao temido solipsismo arbitrário.

Seja como for, o problema desse “ativismo” se agrava quando, nesse contexto de regular as eventuais lacunas legislativas, o Judiciário acaba atuando como uma espécie de “jurisdição opinativa”, como refere José Rodrigo Rodriguez<sup>1685</sup>, valendo-se de discursos solipsistas na linha defendida por Kelsen e Hart, ao invés de, ao menos, guardar coerência histórica, integrativa e constitucional, orientando-se por princípios, como propõe Dworkin. Não raras vezes, portanto, o Poder Judiciário tem agido politicamente ao invés de fazê-lo juridicamente vinculado. Essa forma de interpretar

<sup>1683</sup> SHAKESPEARE, William. **Medida por Medida**. Edição de Ridendo Castigat Mores, versão para ebook, disponível em [www.jahr.org](http://www.jahr.org), acesso em 22 de maio de 2014, p. 68.

<sup>1684</sup> Como alerta precisamente Lenio Streck em seu livro intitulado justamente “O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** Ob. cit., pp. 24 e ss..

<sup>1685</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Sobre a Qualidade da Jurisdição: Fundamentação das Decisões, Justiça Opinativa e Luta pela Justificação no Direito Brasileiro Contemporâneo**. Artigo CEBRAP e Direito FGV. Não publicado, 2012.

está fortemente relacionada ao discurso positivista que ainda influencia boa parte dos magistrados brasileiros. É preciso, portanto, compreender como esse discurso positivista opera na interpretação da norma, a partir de Kelsen<sup>1686</sup> e com o complemento dado por H. L. A. Hart, para, identificando sua falha estrutural, encontrar uma melhor saída com Dworkin e, notadamente, com a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck. Com efeito, como já destacado acima, a linha proposta por Lenio Streck, de uma fusão de horizontes entre o quanto Heidegger e Gadamer permitiram compreender com a Hermenêutica Filosófica deste último, em relação à teoria dworkiniana, é a que melhor soluciona o problema da discricionariedade do juiz na interpretação do texto legal. A questão é saber se ela também é suficiente para a interpretação da prova, como se verá mais adiante. Antes, no entanto, pretende-se explicitar o problema da norma, como se passa a expor.

## Seção I – A Teoria Pura do Direito de Kelsen.

*(...)importa mais para nós a viragem kelseniana, que acabou impulsionando um voluntarismo judicial sem precedentes, a partir da “maldição kelseniana” constante no famoso capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito.*

(LENIO LUIZ STRECK)<sup>1687</sup>

O conflito que possa haver entre uma opção política e outra jurídica na interpretação das regras vem identificado desde 1934 na famosa obra de Hans Kelsen: “Teoria Pura do Direito”. Neste livro, não obstante a questão da lacuna jurídica capaz de ser fechada pelo juiz tenha sido identificada desde o início, ela ganha maior envergadura solipsística em seu capítulo VIII, intitulado justamente “A Interpretação”. Nesse tópico Kelsen chegou a externar a dificuldade de impor neutralidade em tudo o quanto ele mesmo pretendia com sua teoria pura da ciência do Direito. Assim, ao

<sup>1686</sup> Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed., 2ª tiragem. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

<sup>1687</sup> Streck, Lenio Luiz. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (hércules, júpiter e hermes) – dois decálogos necessários. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/1.pdf>, acesso em 23 de março de 2015.

abordar a temática da interpretação de forma um tanto contraditória às suas ideias de fonte produtora exclusivamente parlamentar, Kelsen apresentou uma fresta à sua pretensão purista, que permitiu dar ensejo às aberturas próprias que conduziram – e conduzem ainda hoje – ao decisionismo e, assim, também ao chamado “ativismo judicial”.

Aceitando que a determinação da Constituição à lei, e desta à sentença, nunca é completa, Kelsen admitiu que “sempre fica uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação” e que “mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer”<sup>1688</sup>.

Desta forma, ainda que ele tenha trabalhado com a necessidade do Direito compor uma *moldura jurídica*, na qual “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem”<sup>1689</sup>, o problema, disse Kelsen, é que “de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra”<sup>1690</sup>.

Ou seja: das inúmeras possibilidades e métodos de interpretação – a exemplo daqueles sugeridos pela Escola da Exegese (gramatical), pela Escola Histórica de Savigny (o lógico, o histórico, o sistemático e o direito comparado), e pela contribuição de Jhering (teleológico), dentre outros – para Kelsen não seria possível estabelecer um critério seguro que possa dizer quando usar um ou outro método. Assim, na visão kelseniana, a questão da interpretação acaba se resumindo a um ‘ato de conhecimento’ ou a um “ato de vontade”<sup>1691</sup>, o que, segundo o autor, “não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito”<sup>1692</sup>, com influência de outras normas (“normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.”<sup>1693</sup>), o que faz, a seu sentir, com que os juízes – e

<sup>1688</sup> KELSEN, Hans. Ob. Cit., p. 388.

<sup>1689</sup> KELSEN, Hans. Ob. Cit., p. 390.

<sup>1690</sup> KELSEN, Hans. Ob. Cit., p. 391.

<sup>1691</sup> KELSEN, Hans. Ob. Cit., p. 392 e ss.

<sup>1692</sup> KELSEN, Hans. Ob. Cit., p. 393.

<sup>1693</sup> KELSEN, Hans. Ob. Cit., p. 393.

“especialmente os tribunais de última instância”<sup>1694</sup> – também tenham liberdade para serem “criadores do Direito”, que também realizem “interpretações autênticas”, atuando inclusive “fora da moldura” da norma. Nas palavras de Kelsen:

*A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto, mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral.*<sup>1695</sup>

Como se vê, desde 1934 Kelsen já “autorizava” o papel decisionista do julgador, “permitindo” que ele atue a partir de um ato de vontade que o transforma num “ativista judicial”. Com isso Kelsen criticava a postura da chamada “jurisprudência dos conceitos”, que ele reconhecia, mas repudiava à luz de uma “interpretação científica” dada pela Teoria Pura do Direito<sup>1696</sup>. Kelsen sintetizava que a interpretação jurídico-científica somente poderia estabelecer as diversas possíveis significações de uma norma jurídica, sem decidir qual delas seria a melhor.

Enfim, Kelsen não acreditava numa “resposta certa”, admitindo inúmeras hipóteses de interpretação das regras. Deixava, assim, uma ampla abertura de possibilidades ao juiz intérprete que vem, como visto, repercutindo ainda hoje. O “ativismo judicial”, nessa linha kelseniana, então, amplia o risco do decisionismo ao sabor da vontade do julgador.

A influência dessa forma de interpretar e julgar é tão grande no Brasil que, mesmo tendo havido amplo debate doutrinário, notadamente nos anos 1980, a respeito da má recepção do pensamento de Kelsen, com importante viés crítico, com autores como Luis Alberto Warat<sup>1697</sup>, Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>1698</sup>, Roberto Lyra Filho<sup>1699</sup> e

<sup>1694</sup> Kelsen, Hans. Ob. Cit., p. 395.

<sup>1695</sup> Kelsen, Hans. Ob. Cit., p. 394.

<sup>1696</sup> Kelsen, Hans. Ob. Cit., p. 395.

<sup>1697</sup> Vide, por exemplo, as intervenções de: WARAT, Luis Alberto. **A Pureza do Poder: uma Análise Crítica da Teoria Jurídica**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983; WARAT, Luiz Alberto. **30 Chaves para Entender Kelsen**. Disponível em <http://luisalbertowarat.blogspot.com.br/2013/05/30-chaves-para-entender-kelsen-1era.html>, acesso em 09 de maio de 2015; WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito. Volume II. A Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995/Reimpressão, 2002, pp. 256-257, *verbis*: Quando releio Kelsen – talvez condicionado por todo o conhecimento inconformado dos anos 80 – percebo com bastante nitidez interior, que a

Luiz Fernando Coelho<sup>1700</sup>, dentre outros<sup>1701</sup>, debatendo os reflexos do Capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, muito desta crítica não foi assimilado, pois até mesmo na atual composição do Supremo Tribunal Federal a concepção kelseniana é seguida, como se vê, por exemplo, nos fundamentos externados pelo Ministro Marco Aurélio de Mello no Agravo de Instrumento nº 218668, no qual deixou pontuado que “toda e qualquer interpretação consubstancia ato de vontade, devendo o intérprete considerar o objetivo da norma”<sup>1702</sup>, e também no posicionamento do Ministro Teori Zavascki que, desde

---

*purificação política não foi limitada por Kelsen ao terreno das condições de possibilidade de uma ciência jurídica em sentido estrito. O conceito de política proposto para a realização do que ele chamou de Política Jurídica, foi também purificado, deixando sequelas mais graves que a de negar as incidências políticas e os efeitos de poder no discurso das ciências.* Para compreender esse movimento crítico no Brasil dos anos 80, vide também o texto de STRECK, Lenio Luiz. Em Tempos de Carnavalização, Vale Lembrar o Maior Folião Epistêmico: Warat. In: **Emporio do Direito**. 13 de fevereiro de 2015. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/em-tempos-de-carnavalizacao-vale-lembrar-o-maior-foliao-epistemico-warat/>, acesso em 09 de maio de 2015, verbis: *Foi nos anos 80 que Warat começou suas pesquisas sobre carnavalização. Ele já era, então, o crítico mais lúcido do direito brasileiro. Sua leitura de Kelsen e sua formação filosófica foram os ingredientes fundamentais para criar uma Escola Crítica. Ninguém entendeu melhor Kelsen que Luis Alberto Warat.*

<sup>1698</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Hans Kelsen, um divisor de águas 1881-1981. In: **Revistas CCJ**. Nº 04, ano 02, dezembro de 1981, pp. 133-138, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25184-25186-1-PB.pdf>, acesso em 09 de maio de 2015; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje. Prólogo. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para Entender Kelsen**. São Paulo: Max Limonad, 1995

<sup>1699</sup> LYRA FILHO, Roberto. **O Que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999, pp. 36-37, verbis: *Nem foi à toa que as mais laboriosas pretensões fenomenológicas, na teoria do Direito, acabaram ‘casando’ com a teoria ‘pura’ de Hans Kelsen: isto é, a fenomenologia jurídica de Kaufmann ou de Schereier não passa de um caminho complicado para o positivismo legalista de Kelsen. Todas as formas do positivismo, assim, rodam num círculo, porque a partir do legalismo, giram por diversos graus para chegarem ao mesmo ponto de partida, que é a lei do Estado. (...) Afinal de contas, por que se atribui ao Estado o monopólio de produzir Direito, com a legislação? Que razão jurídica legitimaria este privilégio? Nenhum positivista escapa a esta questão: no máximo, ela o transfere para outra sede, isto é, procura oferecer à sua ideologia jurídica o aval de ideologia política – o que não deixa de ser engraçado em quem se afirma ‘objetivo’, isento e até ‘neutro’ politicamente. Um caso extremo é o de Kelsen, a que aludiremos brevemente, porque ele nos conduz aos limites do paradoxo, na sua teimosia positivista. (...)*

<sup>1700</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria da Ciência do Direito**. Ob. cit., pp. 102 e ss..

<sup>1701</sup> As discussões e pontos de vista oscilavam. Vide, também, o ponto de vista de AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989, p. 25, verbis: *É em nome da segurança jurídica que se quer assim manietar o juiz e minimizar a função judicial. Sucede que esse juiz-computador, esse aplicador mecânico de normas, cujo sentido não lhe é dado aferir, e cujos resultados na solução dos casos concretos lhe é defeso indagar, este juiz assim minimizado e desumano, não é, de forma nenhuma, capaz de realizar a segurança jurídica. Preso a uma camisa-de-força teórica que o impede de descer à singularidade dos casos concretos e de sentir o pulsar da vida que neles se exprime, esse juiz, servo da legalidade social e ignorante da vida, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega. Negando-a, abre caminho para o desassossego social e a insegurança jurídica.*

<sup>1702</sup> **BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo de Instrumento nº 218668**. Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 14 de dezembro de 1998, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=286818>, acesso em 23 de novembro de 2013.

quando ainda era Ministro do Superior Tribunal de Justiça, de forma reiterada assim se pronunciava:

*Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (= a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são.*<sup>1703</sup>

Sucedem que estas formas de interpretar representam risco para a democracia, pois quando juízes da Suprema Corte conduzem suas interpretações nessa linha, o que prevalece é uma vontade pessoal, solipsista e não o que legitimamente havia sido deliberado pelo representante popular.

O pior é que essa forma de pensar que, como visto, ainda está fortemente arraigada no cotidiano das decisões judiciais no Brasil, foi reforçada com a doutrina de Herbert Lionel Adolphus Hart, descurando-se, muitas vezes, das críticas que Ronald Dworkin a ele lançou, como se passa a expor.

## **Seção II – A proposta de Hart e a polêmica com Dworkin.**

*Hart e eu divergimos, portanto, no que diz respeito a determinar até que ponto e em que sentido os juristas e juízes devem emitir seus próprios “juízos de valor” a fim de identificar o direito em casos particulares.*

(RONALD DWORKIN)<sup>1704</sup>

<sup>1703</sup> **BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.** Embargos de Divergência em Resp nº 437.760 – DF (20050035112-9), disponível em [https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=874750&sReg=200500351129&sData=20090511&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=874750&sReg=200500351129&sData=20090511&formato=PDF), acesso em 23 de novembro de 2013.

<sup>1704</sup> DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 205.



Em comparação a Kelsen, é possível dizer que o inglês Hart, porque operava a partir da *common law* e, assim, considerava os costumes e a tradição dos precedentes, avançou apenas por sopesar como importante também a questão da moral na solução de casos<sup>1705</sup>. De resto seguiu a linha positivista normativista de Kelsen, sustentando que a norma é a principal fonte do direito<sup>1706</sup>, minimizando a importância dos princípios na interpretação<sup>1707</sup>. Com esse enfoque de reduzir a relevância dos princípios na exegese das normas, Hart promoveu uma abertura ainda maior para a discricionariedade e para o solipsismo judicial.

De fato, Hart considerava que “na maioria dos casos importantes, há sempre uma escolha. O juiz precisa escolher entre significados alternativos a serem atribuídos às palavras da lei ou entre interpretações conflitantes sobre o que ‘significa’ um precedente. O que oculta esse fato é tão-somente a tradição de que os juízes ‘encontram’, e não ‘criam’, o direito”<sup>1708</sup>.

Seguindo a estrutura do pensamento de Kelsen, Hart, mais adiante, ainda referiu expressamente à discricionariedade dos magistrados na interpretação das leis, dizendo:

*Todo sistema jurídico deixa em aberto um campo vasto e de grande importância para que os tribunais e outras autoridades possam usar sua discricionariedade no sentido de tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos, dirimir as incertezas contidas nas leis ou, ainda, ampliar ou restringir a aplicação de normas transmitidas de modo vago pelos precedentes autorizados.*<sup>1709</sup>

<sup>1705</sup> HART, H.L.A.. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 09 e pp. 201 e ss..

<sup>1706</sup> HART, H.L.A.. Ob. cit., pp. 10 e ss..

<sup>1707</sup> HART, H.L.A.. Ob. cit., pp. 161 e ss.. E também no pós-escrito, notadamente à p. 335, onde Hart inicialmente admitiu ter falado “*muito pouco sobre o tópico da decisão judicial concreta e sobre o raciocínio jurídico e, especialmente, sobre os argumentos derivados daquilo que meus críticos denominam princípios jurídicos*”, fazendo o “*mea culpa*” em seguida: “*Admito, agora, como um defeito deste livro, que a questão dos princípios só é abordada de passagem*”.

<sup>1708</sup> HART, H.L.A.. Ob. cit., pp. 15 e 16.

<sup>1709</sup> HART, H.L.A.. Ob. cit., p. 176. No original, em inglês: *In every legal system a large and importante field is left open for the exercise of discretion by courts and other officials in rendering iniatially vague standards determinate, in resolving the uncertainties of statutes, or in developing and qualifying rules only broadly communicated by authoritative precedentes*. (HART, H. L. A. **The Concept of Law**. Third Edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 136).

E mesmo no pós-escrito de sua polêmica com Dworkin, deixou claro o que compreendia ser o ponto central do conflito:

*O conflito direto mais contundente entre a teoria do direito exposta neste livro e a de Dworkin emana de minha afirmação de que sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder.*

*Dworkin rejeita essa imagem do direito como parcialmente indeterminado ou incompleto, e aquela do juiz como alguém que preenche as lacunas do direito ao exercer uma discricionariedade legislativa limitada, afirmando ser essa uma descrição enganosa tanto do direito como do raciocínio judicial.*<sup>1710</sup>

Paradoxalmente, ainda que Hart admitisse essa discricionariedade, também acreditava na neutralidade<sup>1711</sup> do julgador, que, em seu pensar, agiria “não afetado por preconceitos, interesses ou caprichos<sup>1712</sup>” ainda que considerasse que “a decisão judicial, especialmente em assuntos de grande importância constitucional, muitas vezes envolve uma escolha entre valores morais e não a simples aplicação de um único princípio moral importante, pois é loucura acreditar que, onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma resposta clara a oferecer.”<sup>1713</sup>

Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, também já deu mostras de como esse modo de interpretar ainda está presente no cotidiano da Suprema Corte brasileira, ao fundamentar sua decisão monocrática na Medida

<sup>1710</sup> HART, H.L.A.. Ob. cit., pp. 351-352.

<sup>1711</sup> HART, H.L.A.. Ob. cit., p. 264.

<sup>1712</sup> HART, H.L.A.. Ob. cit., p. 267.

<sup>1713</sup> HART, H.L.A.. Ob. cit., p. 264.

Cautelar no Mandado de Segurança nº 32.326<sup>1714</sup>, dizendo que “casos difíceis, ao revés, são aqueles para os quais não existe uma solução pré-pronta no ordenamento jurídico. Para resolver o problema, o juiz terá de elaborar argumentativamente a resposta correta, considerando inúmeras variáveis, algumas delas metajurídicas”. Ao que parece o Ministro faz uma confusão entre a “resposta correta” de Dworkin e o uso de “variáveis metajurídicas”. A conjugação destas duas expressões, por evidente, revela que o Ministro Barroso tenta se aproximar de Dworkin (ao falar em “resposta correta”), mas não consegue se desvincular do positivismo de Hart e de Alexy, pois acredita na divisão entre “casos fáceis” e “casos difíceis” e acredita também em lacunas do Direito que poderiam ser solucionadas por “variáveis metajurídicas”, ou seja, por outras questões que não a lei ou os princípios constitucionais.

Enfim, Hart ponderava que sempre poderia haver inúmeros princípios e isso não conduziria a uma única decisão “correta”, mas que a decisão seria “aceitável” se fosse o resultado de uma ponderação “equilibrada” no intuito de fazer “justiça”<sup>1715</sup>.

Hart sofreu críticas contundentes do norte-americano Dworkin, que dedicou boa parte de sua obra para destacar as falhas estruturais do pensamento positivista de H. L. A. Hart, que ele considerava ser o autor cuja obra “representa o mais claro exemplo da teoria positivista”<sup>1716</sup>. Destas inúmeras críticas ao seu livro, Hart dedicou um pós-escrito a Ronald Dworkin, que acabou sendo publicado *post mortem*, trinta e dois anos depois da primeira edição<sup>1717</sup>. Dos pontos e contrapontos passa-se à análise da crítica dworkiniana às teses centrais de H. L. A. Hart.

Se Kelsen e Hart construíram uma base positivista-normativista que permite aos juízes agirem discricionariamente na interpretação das leis e isso, como visto, influenciou – e ainda influencia – vários atores processuais, com especial destaque para os já referidos julgados da Suprema Corte brasileira, é preciso, no mínimo, considerar a problemática que essa autorização positivista provoca e se admitir olhar para melhores alternativas de solução dos casos penais, sem vincular o discurso à

---

<sup>1714</sup> **BRASIL. Supremo Tribunal Federal.** Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.326, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4456613>, acesso em 23 de novembro de 2013.

<sup>1715</sup> HART, H.L.A.. Ob. cit., p. 265.

<sup>1716</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª ed., Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 74.

<sup>1717</sup> HART, H.L.A.. Ob. cit., pp. 307 e ss..

ideia de que possam ser separados em “casos fáceis” e “casos difíceis”, como propõem Hart e Alexy, e sem permitir que prepondere o “ativismo judicial”.

Desse quadro decorre a importância do conjunto da obra de Ronald Dworkin, que avançou para uma análise crítica do discurso de H. L. A. Hart, tratada em diversas obras suas, das quais se destacam: “Levando os Direitos a Sério” (1977), “Uma Questão de Princípio” (1985), “O Império do Direito” (1986), “A Justiça de Toga” (2006) e “Justiça para Ouriços” (2011).

De forma bastante contundente, em sua obra “Levando os Direitos a Sério”<sup>1718</sup>, Dworkin centraliza suas críticas ao discurso positivista desenvolvido principalmente por H. L. A. Hart, indicando as inúmeras falhas de compreensão do Direito pelos positivistas e pontuando como é possível solucionar tanto os chamados “casos difíceis”, quanto os demais casos (“fáceis”) pelos “princípios”<sup>1719</sup>, sem que os juízes sejam obrigados a enveredar para a construção normativa solipsista e “política”<sup>1720</sup>. Dworkin deixa muito clara sua forma de compreender o papel dos juízes diante de aparentes lacunas da lei: eles “não deveriam ser e não são legisladores delegados”<sup>1721</sup>. Essa análise será também amplamente reforçada no livro “Uma Questão de Princípio”, no qual, apesar de até admitir que alguns juízes tomem decisões políticas, sintetiza sua ideia de que os juízes não devem tomar suas decisões pautados por questões políticas<sup>1722</sup>, mas sim baseados em princípios.

Das diversas críticas formuladas por Dworkin às quais H. L. A. Hart teve a oportunidade de rebater em seu já referido pós-escrito, é justamente esta relacionada à solução dos chamados “casos difíceis” que merece destaque, já que Hart deixou claro seu modo de pensar, *verbis*:

<sup>1718</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Ob. cit., pp. 35 e ss.

<sup>1719</sup> Dworkin conceitua “princípio” como “*um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.*” (DWORKIN, **Levando os Direitos a Sério**. Ob. cit., p. 36).

<sup>1720</sup> Dworkin conceitua “política” como “*aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade*” (DWORKIN, **Levando os Direitos a Sério**. Ob. cit., p. 36).

<sup>1721</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Ob. cit., p. 129.

<sup>1722</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 04.

*Esses não são simples “casos difíceis”, casos polêmicos no sentido de que juristas sensatos e bem-informados podem discordar sobre qual a resposta juridicamente correta; o direito é, nesses casos, fundamentalmente ‘incompleto’: não oferece ‘nenhuma’ resposta aos problemas em pauta. Estes não são regulamentados juridicamente; e, para chegarem a uma decisão em tais casos, os tribunais precisam exercer a função legislativa limitada que denomino ‘discrecionarietà’.*<sup>1723</sup>

Eis aí o ponto central da polêmica entre Dworkin e os positivistas-normativistas: o poder discricionário dos juízes frente às pretensas lacunas legislativas. Enquanto Hart, seguindo a linha de Kelsen, considerou que o direito seria “incompleto” e, assim, os tribunais também teriam que exercer função legislativa, ainda que limitada e por ele denominada de “discrecionarietà judicial” (*Judicial Discretion*<sup>1724</sup>), Dworkin rechaçou veementemente tanto a incompletude do direito, quanto a utilização de discrecionarietà na solução dos denominados “casos difíceis”<sup>1725</sup>, não obstante tenha pregado que a moral influencia na interpretação<sup>1726</sup> e, assim, é preciso cercá-la de critérios de coerência e integridade<sup>1727</sup>.

No plano político, Dworkin considerou ser necessário levar em conta dois princípios de integridade política: “um princípio legislativo, que exige que os legisladores cuidem para que todo o conjunto de leis seja coerente do ponto de vista moral, e um princípio adjudicativo, que ensina que se considere o direito o mais coerentemente possível a partir dessa perspectiva”<sup>1728</sup>. E no que concerne mais especificamente ao Direito compreendido como integridade, Dworkin avaliou que ele deve negar que suas manifestações representem apenas convenções do passado ou

<sup>1723</sup> HART, H.L.A.. Ob. cit., p. 326.

<sup>1724</sup> HART, H. L. A. **The Concept of Law**. Ob. cit., p. 272.

<sup>1725</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Ob. cit., pp. 127 e ss.. E também: DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Ob. cit., p. 255.

<sup>1726</sup> DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Ob. cit., p. 205, verbis: “Hart e eu divergimos, portanto, no que diz respeito a determinar até que ponto e em que sentido os juristas e juízes devem emitir seus próprios “juízos de valor” a fim de identificar o direito em casos particulares. Em minha opinião, o argumento jurídico é um argumento típica e completamente moral”.

<sup>1727</sup> DWORKIN, Ronald. **El Imperio de la Justicia: De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridade política y legal como clave de la teoría y practica**. Tradução para o espanhol de Claudia Ferrari. Barcelona: Gedisa, 2012, pp. 132 e ss.. E também em: DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Ob. cit., p. 250, verbis: “Refiro-me à integridade política, que significa igualdade perante o direito não apenas no sentido de que ele seja imposto conforme escrito, mas no sentido mais pertinente de que o Estado deve governar de acordo com um conjunto de princípios em princípio aplicável a todos”.

<sup>1728</sup> DWORKIN, Ronald. **El Imperio de la Justicia**. Ob. cit., p. 132. Tradução livre.

apenas programas instrumentais pragmáticos para o futuro<sup>1729</sup>. Sustentou, igualmente, que as reivindicações legais são juízos interpretativos e, assim, combinam os elementos progressivos e regressivos, interpretando a prática jurídica como uma narrativa em desenvolvimento. E, nesse contexto, sintetizou Dworkin, o direito como integridade rechaça a discussão dicotômica a respeito dos juízes “encontrarem”<sup>1730</sup> ou “inventarem” a lei<sup>1731</sup>, sustentando que eles devem interpretar a lei da mesma forma que se estivessem escrevendo um capítulo diferente do mesmo romance com outros autores. Um “romance em cadeia”, como disse Dworkin, no qual o juiz deve dar continuidade coerente ao romance, levando em conta que os direitos e deveres foram criados por um mesmo autor: a “comunidade personificada”<sup>1732</sup>.

Nesse sentido, o juiz deve respeitar os precedentes e preocupar-se com o porvir, valendo-se de alguns parâmetros. Para tanto, em primeiro lugar, o juiz deve estar atento à “dimensão de concordância”, ou seja, não pode adotar qualquer interpretação. Não deve adotar argumentos de política, mas sim argumentos de princípio<sup>1733</sup>. Sua interpretação deve “fluir através do texto”, possuindo algum poder explicativo geral, que mantenha a unidade e coerência do texto<sup>1734</sup>.

No caso do texto possuir mais de uma interpretação e de nenhuma delas se adaptar à sua totalidade, o juiz deve decidir qual das possíveis interpretações é aquela que melhor se adapta ao desenvolvimento, levando em conta o todo, isto é, o que veio antes, o caso concreto e o que virá depois (“romance em cadeia”). Nesse caso também deve se valer de seus “juízos estéticos” a respeito da importância, beleza, realismo ou perspicácia, ou seja, deve se preocupar em adotar a melhor redação em relação à obra em desenvolvimento<sup>1735</sup>. Enfim, adotado esse modelo de integridade no Direito os juízes não estão mais autorizados a agir discricionariamente nos chamados “casos difíceis”, mas a levar em conta os princípios que nortearam e continuam norteando o Direito. Nesses “casos difíceis”, disse Dworkin, o juiz continua tendo o dever “de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos

<sup>1729</sup> DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Ob. cit., p. 164.

<sup>1730</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Ob. cit., p. 10.

<sup>1731</sup> DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Ob. cit., p. 164 e p. 166.

<sup>1732</sup> DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Ob. cit., p. 164.

<sup>1733</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Ob. cit., p. 129.

<sup>1734</sup> DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Ob. cit., p. 167.

<sup>1735</sup> DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Ob. cit., p. 168.

retroativamente”<sup>1736</sup>. São, portanto, os princípios que norteiam e dão coerência e integridade ao Direito, promovendo o “fechamento” da interpretação “em cadeia”.

Hart, por sua vez, não levou em conta essa interpretação em cadeia e tentou justificar sua escolha ao argumentar que, em sua visão, os juízes não agiriam de forma “arbitrária”, mas, de certa forma, se contradisse ao admitir que eles possam decidir “de acordo com suas próprias convicções e valores”<sup>1737</sup>, o que é quase o mesmo que dizer: julguem de acordo com “suas consciências”. Ainda que “julgar de acordo com suas consciências” não seja, necessariamente, algo equivalente ao arbítrio, é um passo para tanto. Pode ser arbitrário e aí está o problema. De fato, essa permissividade proposta tanto por Kelsen, quanto por Hart, desconsidera que não é o “consciente” e sim o “inconsciente” que muitas vezes opera silenciosamente no processo decisório, e, assim, o resultado acaba sendo que qualquer um diz “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, emprestando a procedente inquietação de Lenio Streck<sup>1738</sup>. A decisão, enfim, nesse modelo, resume-se a um juízo solipsista e, logo, arbitrário.

Dworkin não admite o uso dessa discricionariedade e estabelece uma distinção entre o que considerou ser o “sentido forte” da expressão “poder discricionário” de um “sentido fraco”, dependendo do contexto em que ela é empregada. Para ele, a expressão é usada em seu “sentido fraco” quando, “por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar”<sup>1739</sup> ou quando “um funcionário público tem autoridade para tomar uma decisão em última instância”, sem que outro possa revê-la ou cancelá-la. Já o referido “sentido forte” da expressão “não é equivalente à licenciosidade e não exclui a crítica” e “o poder discricionário de um funcionário não significa que ele seja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade”<sup>1740</sup>. É aí que reside o problema, segundo Dworkin, pois os positivistas

<sup>1736</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Ob. cit., pp. 127 e ss..

<sup>1737</sup> HART, H.L.A.. Ob. cit., p. 352, *verbis*: “Mas não deve fazê-lo arbitrariamente: isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores. Mas, desde que satisfaça a essas condições, o juiz tem o direito de seguir padrões ou razões que não lhe são impostos pela lei e podem diferir dos utilizados por outros juízes diante de casos difíceis semelhantes.”

<sup>1738</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Ob. cit., p. 311.

<sup>1739</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Ob. cit., p. 51.

<sup>1740</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Ob. cit., p. 53.

acreditam nessa discricionariedade dos juízes na solução dos casos difíceis no “sentido fraco”<sup>1741</sup>, desconsiderando a obrigatoriedade de adoção dos princípios e da diferenciação de importância entre eles<sup>1742</sup>.

Assim, para compreender essa controvérsia quanto à permissividade criativa dos juízes, outro aspecto relevante da polêmica entre os dois autores relaciona-se à distinção entre princípios e regras. Enquanto Dworkin considerou que as regras operam numa forma de “tudo ou nada”<sup>1743</sup>, isto é, se ela é válida, deve necessariamente ser aplicada (ex: normas que estabelecem velocidade máxima de 90 km/h numa rodovia<sup>1744</sup>), e no conflito com outra regra somente uma delas seria válida e a outra deveria ser considerada inválida, os princípios, para ele, diferem das normas apenas na questão de “peso”, isto é, não se anulam e não se excluem, sendo que um prepondera sobre o outro no conflito aparente<sup>1745</sup>. Assim, mesmo que um princípio de “menor peso” deixe de ser aplicado num caso concreto por se dar preferência a outro princípio de “maior peso”, ele continua sendo válido para outros casos onde possa estar acima de outro princípio de “menor peso” em relação a ele.

H. L. A. Hart afirmou não ver isso como relevante, entendendo que o mesmo critério para solução de conflitos aparentes entre princípios possa também ser empregado para o conflito aparente entre regras. Para ele a norma “vencida” poderia também sobreviver como um princípio, determinando “o desenlace em outros casos onde for considerada mais importante que outra norma concorrente”<sup>1746</sup>. Hart ainda considerou que a visão de Dworkin permitiria que, num conflito entre a regra e o princípio, este ora saísse vencedor, ora não e que esse problema poderia ser resolvido ao se considerar a distinção apenas “uma questão de grau”<sup>1747</sup>.

Hart também colocou em dúvida a opção filosófica de Dworkin a respeito de que um critério moral possa ser objetivado e, insistindo que a teoria do direito deveria evitar teorias filosóficas que ele considerou “controversas”, voltou a referir que na ausência da demonstração de uma moral objetiva, o que sobraria seria novamente a

<sup>1741</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Ob. cit., p. 61.

<sup>1742</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Ob. cit., p. 60.

<sup>1743</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Ob. cit., p. 39.

<sup>1744</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Ob. cit., p. 08.

<sup>1745</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Ob. cit., pp. 42 e ss..

<sup>1746</sup> HART, H.L.A.. Ob. cit., p. 338.

<sup>1747</sup> HART, H.L.A.. Ob. cit., p. 339.



discrecionalidade do juiz<sup>1748</sup>. Hart argumentou, ainda, que direito e moral até possuem interseções, mas que ele não entende que não exista “uma conexão necessária entre seus conteúdos”<sup>1749</sup>, ao passo que Dworkin enxergou que o direito pode ser “pré-interpretativo” e “interpretativo”<sup>1750</sup>, admitindo que na primeira hipótese haja possibilidade do direito e da moral estarem em lados opostos (como no casos dos sistemas perversos, a exemplo do nazista), porém, na segunda hipótese, os direitos somente podem ser considerados a partir de seu entendimento como espécie de direitos morais.

Diante dessa provocação, Dworkin procurou em seu último trabalho – “Justiça para Ouriços” – demonstrar como a moral pode ser objetivada por juízos igualmente morais<sup>1751</sup>, esclarecendo que é preciso partilhar de alguns conceitos para que se possa interpretá-los, dizendo que “se o leitor e eu queremos dizer algo completamente diferente com ‘democracia’, então não tem sentido a nossa discussão sobre se a democracia exige que os cidadãos tenham uma parte igual; estamos simplesmente a falar cada um para o seu lado”<sup>1752</sup>. Os conceitos, portanto, servirão como “conceitos interpretativos” e estes devem estar integrados com outros conceitos, inclusive para interpretar a Constituição.

Assim, caso se tenham concepções conflitantes a respeito dos conceitos é preciso escolher aquela que lhe atribua um melhor sentido, segundo a tábua de valores. Não é possível, por exemplo, que um juiz interprete a lei de uma forma tal que conduza alguém à cadeia e admita que outras interpretações seriam tão boas quanto as suas, diz Dworkin<sup>1753</sup>. Aqui, no entanto, cabe a ressalva de que essa discussão toda é travada no âmbito da *common law*, entre um inglês e um norte-americano. Mesmo que hoje em dia seja possível identificar cada vez mais uma aproximação entre os modelos de *common law* e *civil law*, a estrutura do pensamento e a cultura divergem sensivelmente. No caso do Brasil, por exemplo, é possível se pretender adotar um discurso doutrinário na linha proposta por Dworkin, porém, não há como desconsiderar

<sup>1748</sup> HART, H.L.A.. Ob. cit., pp. 327 e 328.

<sup>1749</sup> HART, H.L.A.. Ob. cit., p. 346.

<sup>1750</sup> DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Ob. cit., pp. 57 e ss..

<sup>1751</sup> DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

<sup>1752</sup> DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Ob. cit., p. 18.

<sup>1753</sup> DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Ob. cit., p. 134.

que, para ficar no exemplo da prisão cautelar referida por Dworkin, o que de fato se vê é que a interpretação da lei segue sendo bastante oscilante. Os recursos – e notadamente os *habeas corpus* – estão aí para mostrar que não só é possível se admitir interpretações pela soltura “tão boas” quanto às que decidiram prender, como é assim que seguem fazendo os juízes e tribunais.

Seja como for, o pensamento de Ronald Dworkin será fundamental para diminuir os espaços de discricionariedade judicial na interpretação da norma, notadamente quando conjugado com a Hermenêutica Filosófica, como operou Lenio Streck. Antes, porém, de analisar como isso se deu, é preciso também entender por que a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy – assim como a teoria da Razão Comunicativa de Habermas, já explorada na Primeira Parte do trabalho – não apresenta soluções satisfatórias para o problema.

### **Seção III – A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy.**

*Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário.*  
(ROBERT ALEXY)<sup>1754</sup>

Robert Alexy é um dos mais importantes jusfilósofos da atualidade e, bem intencionado, desenvolveu uma teoria no intuito de diminuir a discricionariedade judicial, focada na argumentação. O resultado, no entanto, não conseguiu alcançar seu intento, como se verá.

Em seu trabalho intitulado “Teoria da Argumentação Jurídica”, de 1978, Alexy, ciente dos problemas que os inúmeros cânones interpretativos apresentam, desde

---

<sup>1754</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Ob. cit., p. 611.

Savigny<sup>1755</sup> até Kelsen e Hart, apostou fortemente na criação de critérios que visavam, ao mesmo tempo, admitir os valores éticos e morais em forma de princípios, em contraponto ao positivismo normativista kelseniano, e também amarrar a argumentação judicial exposta nas decisões, procurando dar a elas o máximo de racionalidade possível. Para tanto, explica Simioni, Alexy promove uma distinção entre “decisão” e “argumentação”, jogando para o âmbito da decisão “todos os recursos teóricos da interpretação e da metodologia analítica do direito, enquanto no âmbito da argumentação ficam atribuídos todos os valores e princípios substanciais da razão prática para justificação das escolhas operadas no âmbito da decisão”<sup>1756</sup>. Alexy, então, explorou a máxima: primeiro decido, depois justifico.

Nesse processo ele também partiu da divisão entre “casos fáceis” e “casos difíceis” discutida tanto por Hart<sup>1757</sup> quanto por Dworkin<sup>1758</sup>, esclarecendo que nos “casos fáceis” (ou “claros”<sup>1759</sup>) a solução interpretativa se dá pela simples subsunção da regra ao caso concreto; ao passo que nos chamados “casos difíceis” a solução passa pela análise dos princípios<sup>1760</sup>. Alexy até procura estabelecer critérios de distinção entre os chamados casos fáceis e difíceis, dizendo que no âmbito de uma “justificação interna” do processo decisório opera-se um silogismo jurídico, que é por ele exemplificado num caso de homicídio (aqui adaptado à lei brasileira): premissa maior (matar alguém é crime e é punido com pena de seis a vinte anos); premissa menor (fulano matou alguém); síntese (logo, fulano deve cumprir a pena respectiva)<sup>1761</sup>. No entanto, diz Alexy, em algumas ocasiões a premissa maior também deve ser “justificada externamente”, pois, no caso concreto, podem se apresentar

---

<sup>1755</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3ª ed., tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 20-21.

<sup>1756</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Ob. cit., p. 237.

<sup>1757</sup> HART, H. L. A.. **O Conceito de Direito**. Ob. cit., pp. 161 e ss. e p. 326.

<sup>1758</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Ob. cit., pp. 127 e ss.

<sup>1759</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Ob. cit., p. 127.

<sup>1760</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 143.

<sup>1761</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Ob. cit., pp. 221 e ss..

diferentes normas jurídicas, que produziriam diferentes soluções<sup>1762</sup>. Estes seriam os casos difíceis.

Assim, nestes chamados “casos difíceis” é que entra a necessidade de buscar nos valores éticos e morais – fora do direito, portanto – os argumentos que sejam “capazes de produzir justificações convincentes de que a escolha realizada pela decisão jurídica foi adequada ou correta”<sup>1763</sup>. A teoria da argumentação jurídica, então, procura “constituir critérios de justificação prática e racional das decisões jurídicas”, buscando nos “valores ou princípios exteriores ao direito”<sup>1764</sup>, argumentos capazes de convencer o leitor de que se fez a “melhor escolha”.

Sucedo que, já no início desse processo, percebe-se que essa divisão dos casos em fáceis e difíceis pressupõe certa discricionariedade: quem dirá se o caso é fácil ou difícil? Em última análise a resposta é óbvia: o juiz. O problema é que para alguns juízes determinado caso poderá ser considerado “fácil” e, então, eles não necessitarão dos princípios para interpretá-lo, aplicando a regra por subsunção; e para outros, no entanto, o mesmo caso poderá ser considerado “difícil” com a consequente invocação dos princípios e com a interpretação podendo conduzir a outro resultado. Assim, essa divisão dos casos em fáceis e difíceis, por si só, já favorece a discricionariedade e o decisionismo. De resto, nos chamados casos fáceis, desconsiderar os princípios pode representar um problema, pois não deixa de ser um retorno ao positivismo exegético e, de outra sorte, nos casos difíceis apostar em princípios morais não positivados lidos como “mandamentos de otimização”, como regras de abertura, como opera Alexy, pode ser outro problema, pois abre demais a possibilidade de se dizer qualquer coisa sobre qualquer tema.

Com efeito, Alexy considera que “princípios são mandamentos de otimização”<sup>1765</sup> e, com isso, admite que os princípios serviriam para ampliar o campo de interpretação, representando uma perigosa abertura na qual, como dito, é possível encaixar qualquer discurso.

---

<sup>1762</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Ob. cit., pp. 226 e ss..

<sup>1763</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Ob. cit., p. 237.

<sup>1764</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Ob. cit., p. 237.

<sup>1765</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Ob. cit., pp. 90 e ss.

Fechando o ciclo de dificuldade de aceitação de sua teoria, Alexy considera que os princípios morais e éticos “não são facilmente universalizáveis nas sociedades multiculturais”<sup>1766</sup> e as “valorações da coletividade não podem ser determinadas com exatidão”<sup>1767</sup>, o que remete à dúvida de identificar qual valor deve prevalecer no caso concreto. Além disso, nos casos difíceis, pode ocorrer colisão de princípios, o que impulsiona o juiz a “ponderar” esses princípios e escolher qual deva prevalecer. Neste ponto, diz Alexy: “deve-se sim exigir um modelo que, por um lado, permita levar em conta as convicções aceitas e os resultados das discussões jurídicas precedentes e, por outro lado, deixe espaço para os critérios do correto”<sup>1768</sup>. E, conclui que “a teoria a se desenvolver aqui pretende, entre outras coisas, oferecer tal modelo”<sup>1769</sup>. Para tentar solucionar essa questão ele estrutura sua teoria partindo de uma mescla entre os referenciais procedimentalistas da “teoria consensual da verdade de Habermas”<sup>1770</sup> e os demais referenciais da “teoria da argumentação de Chaim Perelman”<sup>1771</sup> e vai em busca de estabelecer critérios racionais para efetivação dessa ponderação entre os princípios visando identificar o que deve prevalecer a partir da “máxima da proporcionalidade”<sup>1772</sup>. Diz Alexy:

*Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (...) Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das*

<sup>1766</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Ob. cit., p. 245.

<sup>1767</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Ob. cit., p. 26.

<sup>1768</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Ob. cit., p. 27.

<sup>1769</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Ob. cit., p. 27.

<sup>1770</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Ob. cit., pp. 107 e ss..

<sup>1771</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Ob. cit., pp. 157 e ss..

<sup>1772</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Ob. cit., p. 116.

*possibilidades jurídicas. (...) Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.*<sup>1773</sup>

Como se viu do trecho acima reproduzido, são três as “máximas parciais” trabalhadas por Alexy para aplicação da “máxima da proporcionalidade” na ponderação dos princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ainda que se possa ter casos nos quais as duas primeiras máximas parciais sejam suficientes para resolver a ponderação e não se necessite ingressar na terceira etapa, não há como desconsiderá-la e é nela que o problema se encontra. Alexy “joga” a última etapa da máxima da proporcionalidade para a denominada “lei da colisão” e esta, como ele explica, implica dizer, numa colisão de princípios, qual deles está numa “relação de precedência condicionada”<sup>1774</sup>, isto é, em quais condições um princípio precede ao outro. O que se tem, em última análise, nessa avaliação da “proporcionalidade em sentido estrito”, é que o juiz “pondera”, isto é, coloca os dois princípios “colidentes”, respectivamente, em cada um dos pratos da mesma balança e, elaborando um “sopesamento”, “decide” qual tem mais peso, qual tem “precedência sobre o outro”. Ora, o resultado que se tem é que para um juiz pode ser o princípio “A” o mais relevante e, para outro, pode ser o princípio “B”. Ainda que Alexy crie cinco etapas para a ponderação<sup>1775</sup>, em última análise não há como evitar o solipsismo nestes critérios, a tal ponto que o próprio Alexy admite o problema, como se destacou no preâmbulo desta Seção e como se repete agora, para deixar bem marcada a falha da teoria admitida pelo seu criador:

*Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-*

<sup>1773</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Ob. cit., pp. 116-117.

<sup>1774</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Ob. cit., p. 96.

<sup>1775</sup> Para compreensão, vale a síntese apresentada por SIMIONI, Rafael Lazarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea*. Ob. cit., p. 292, verbis: *A ponderação pode ser sistematizada nas seguintes cinco etapas: a) identificação dos princípios em estado de colisão; b) comprovação do grau de não satisfação de um princípio diante da satisfação do outro ou dos outros; c) comprovação da importância da satisfação de todos os princípios em colisão no caso concreto; d) comprovação dos motivos que justificam a consideração de uma maior importância na satisfação do outro ou dos outros – que antes Alexy apresentava como uma necessidade de indicação das condições de precedência de um princípio em relação ao outro; e e) indicação das consequências sobre as condições de precedência, quer dizer, indicação das consequências da dotação de um maior peso para um princípio e não para outro.*

*los praticamente sem importância. Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário.*<sup>1776</sup>

E aí está o “ovo da serpente” da teoria alexyana, como costuma referir Lenio Streck. Se em última análise a discricionariedade prepondera, a teoria não escapa do positivismo normativista de linha kelseniana. Eis por que ela não é solução para evitar decisionismos.

Enfim, ainda que a preocupação de Alexy tenha sido compatibilizar o direito e a moral, sem provocar um retorno ao jusnaturalismo, e sem descurar da observação de critérios racionais para que a decisão continue sendo um processo lógico, vê-se que ele não conseguiu seu intento, pois ao considerar os princípios como normas de abertura e apostar no sopesamento de princípios em casos considerados “difíceis”, mesmo diante de regras para saber quando e como isso se dá numa proporcionalidade em sentido estrito, ele acabou favorecendo a ampliação da discricionariedade judicial e não o contrário.

No Brasil esse problema é ainda mais acentuado por conta da criação de “princípios-que-não-são-princípios”, isto é, pela má-recepção da teoria alexyana nos tribunais e em parte da doutrina brasileira, acabou-se acreditando que no sopesamento de princípios, se não tenho um princípio para sopesar, posso “buscar”/“criar” um pseudo-princípio para sopesar. Isso provocou um fenômeno extremamente preocupante, identificado e denunciado por Lenio Streck como “panprincipiologismo”<sup>1777</sup>. É algo aproximado da ideia de que, se falta um princípio para sopesar, basta “criar” um novo “princípio” que, claro, no caso concreto, terá mais peso.

O exemplo mais gritante desse problema foi revelado também por Lenio Streck ao comentar uma questão de concurso público realizado em 2010 para a Defensoria Pública no Estado do Rio de Janeiro, na qual um hipossuficiente procura a Defensoria dizendo que somente será feliz no dia em que puder se transformar num lagarto (submetendo-se a operação plástica para inserir bolas de silocone sob a pele de seu rosto e tatuando seu corpo todo com desenhos que lembrem escamas de lagarto). Para além da bizarrice do problema num concurso público, o mais assustador foi a

<sup>1776</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Ob. cit., p. 611.

<sup>1777</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Ob. cit., pp. 517 e ss.

resposta considerada correta, publicada com o gabarito, no sentido de que a Defensoria Pública, em nome do “princípio da felicidade”, deveria ingressar com ação contra o Estado para que este custeasse a transformação do hipossuficiente num lagarto<sup>1778</sup>. O absurdo fala por si só e serve para ilustrar o drama e a potencialidade que os problemas da teoria alexyana vêm apresentando em terras brasileiras. Vem daí a importante contribuição de Lenio Luiz Streck, com sua Crítica Hermenêutica do Direito, como se passa a expor.

#### **Seção IV – A Solução da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck.**

*O jurista faz direito repetindo-o através de pré-juízos não suspensos, sem pertinência ao mundo histórico; ficando, assim, impossibilitado de penetrar nesse mundo falado/dito. É nesse contexto que uma análise do problema à luz da matriz teórica da ontologia fundamental, adaptada ao direito a partir do que venho denominando de uma Crítica Hermenêutica do Direito ou Nova Crítica do Direito (NCD), espécie de Escola Gaúcha de Hermenêutica, procura estabelecer uma clareira apta a iluminar a noite que se abateu sobre a operacionalidade do direito.*  
(LENIO LUIZ STRECK)<sup>1779</sup>

Partindo do quanto a revolução “ôntico-ontológico-hermenêutica” de Heidegger e Gadamer construíram no âmbito filosófico, seja no plano da pré-compreensão estruturante do ser-no-mundo heideggeriano, seja na necessidade de se suspender os pré-conceitos inautênticos, seja, ainda, na importância de compreender o mundo pelo círculo hermenêutico, seja, enfim, na proposta gadameriana de Hermenêutica Filosófica, mesclada com as lições de Dworkin que exigem coerência e integridade na interpretação, somadas à responsabilidade política do hermeneuta<sup>1780</sup>, Lenio Luiz Streck desenvolveu sua Crítica Hermenêutica do Direito.

<sup>1778</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Pamprinciologismo e o sorriso do lagarto ou “não escreva um tratado sobre carneiros: compre um e asse”. In: **Compreender Direito. Desvelando as Obviedades do Discurso Jurídico**. São Paulo: RT, 2013, pp. 19-25.

<sup>1779</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. Ob. cit., pp. 34-35.

<sup>1780</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. Ob. cit., p. 320.



Suas ideias foram sendo elaboradas desde, pelo menos, a obra “Hermenêutica Jurídica e(m) Crise” (1999), passando pelos outros dois livros fundamentais e complementares: “Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica” (2002) e “Verdade e Consenso” (2006), os quais já contam com sucessivas e enriquecedoras novas edições e se somam a inúmeros outros textos em grande parte compilados na “Coleção O Que é Isto” (com três volumes: 2010, 2012 e 2013), nos três volumes de “Compreender Direito” (2013, 2014 e 2015) e nas “Lições de Crítica Hermenêutica do Direito” (2014). A produção de Lenio Streck é ainda mais ampla e vem sendo engrandecida semanalmente nas contribuições do autor em forma de artigos que procuram desvelar o senso comum que norteia o quanto se passa no cotidiano do mundo jurídico brasileiro, publicadas no *site* jurídico Conjur – Consultor Jurídico.

Perseguindo a trilha de autores com pretensões de evitar o ativismo judicial, preocupado em estabelecer mecanismos que impeçam decisionismos solipsistas na interpretação do Direito, sem dúvida Lenio apresenta importante contribuição para que se alcance um modelo de juiz controlado hermeneuticamente. Sua contribuição nesse campo, inclusive, já é reconhecida fora do território brasileiro, notadamente pelas aulas ministradas em universidades europeias e de países da América Latina, bem como pela tradução de algumas de suas obras, com destaque para Verdade e Consenso, para o idioma de Cervantes.

A base do discurso, como já referido, está fortemente vinculada à filosofia de Heidegger e de Gadamer, já explorada tanto na Primeira Parte do trabalho, quanto no Capítulo destinado a diferenciar as “pré-compreensões” dos “pré-conceitos”. Lenio sustenta a necessidade de que o juiz compreenda que ele não pode interpretar as normas se valendo de valores morais ou em sentimentos próprios de Justiça. Por mais bem intencionado que o juiz seja, a questão é que seus valores pessoais não podem servir de norte para o processo decisório.

Nesse caminho, vale-se da famosa metáfora dos dois corpos do rei para falar do juiz que deve atuar na mesma linha no processo hermenêutico, isto é, deixando de lado suas idiossincrasias, deve decidir com responsabilidade política de agente de

Estado<sup>1781</sup>. Nesse ponto a hermenêutica filosófica que fala da pré-compreensão linguística como condição de possibilidade compartilhada de compreensão do mundo é de suma importância. Soma-se, então, a contribuição de Habermas no ponto alusivo à cooriginalidade entre o direito e a moral, ambos documentados cooriginariamente no âmbito da Constituição da República. Lenio, então, destaca que numa circularidade hermenêutica o juiz deve interpretar sempre levando em conta o todo e a parte. Isto é, agindo circularmente, o juiz deve ir do todo (dos princípios) à parte (à regra) e desta deve retornar para o todo. Sempre circularmente<sup>1782</sup>. Não há, portanto, para Lenio Streck, a divisão sustentada por Hart e Alexy entre “casos fáceis” e “casos difíceis”. Todo caso é caso e todo caso deve ser interpretado nessa circularidade entre os princípios e regras. Com isso, elimina-se o primeiro decisionismo de se permitir ao juiz escolher qual caso seria fácil e qual seria difícil. Abandonando tanto a postura do positivismo exegético – do juiz boca-da-lei – quanto o positivismo normativista kelseniano – no qual o juiz “diz qualquer coisa sobre qualquer assunto” – Lenio se vale da hermenêutica gadameriana para afastar também a ideia das teorias da argumentação, que premiam a máxima de que o juiz “primeiro decide, depois busca a fundamentação”. Na trilha da Hermenêutica Filosófica o juiz compreende para interpretar, e não o inverso; e, assim, promove uma fusão entre o seu horizonte e o horizonte da norma, como referia Gadamer. Lenio esclarece essa questão com o que ele denomina ser o “dilema da ponte”, explicando que se não pode “atravessar o abismo gnosiológico do conhecimento, chegar lá e depois voltar para construir a ponte pela qual o intérprete já passou”<sup>1783</sup>. Seguindo, como dito, a filosofia gadameriana, afasta-se a tríplice concepção hermenêutica clássica, de que o intérprete interpreta por partes: “primeiro conhecendo, depois interpretando para, finalmente, aplicar”<sup>1784</sup>. No plano da hermenêutica filosófica, explica Lenio, esses três momentos (*subtilitas*

<sup>1781</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Passado, o Presente e o Futuro do STF em Três Atos. In: **Consultor Jurídico – Conjur**. 15 de novembro de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>, acesso em 23 de março de 2015.

<sup>1782</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. Ob. cit., p. 315.

<sup>1783</sup> STRECK, Lenio Luiz. Vivemos entre Anorexia e Bulimia Informativas: assistam ao vídeo! In: **Consultor Jurídico – Conjur**. 25 de setembro de 2014, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-set-25/senso-incomum-vivemos-entre-anorexia-bulimia-informativas-assistam-video>, acesso em 13 de abril de 2015.

<sup>1784</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. Ob. cit., p. 32.

*intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*<sup>1785</sup>) ocorrem em um só: a *applicatio*. Logo, quando o “intérprete interpreta um texto, estará no entremeio do círculo hermenêutico” e “há um movimento antecipatório da compreensão”<sup>1786</sup>.

E, para evitar que nessa interpretação o juiz possa também “jogar” ora para um lado, ora para outro, busca-se o fecho do discurso no quanto Ronald Dworkin construiu em torno da coerência e da integridade que devem nortear a interpretação. Exige-se do juiz, então, que ele atue no modelo metafórico dworkiniano do romance em cadeia. Ou seja: na interpretação da norma o juiz não pode desconsiderar o que o texto – que é lido como “evento” – lhe diz; deve formular as perguntas certas para, dialogando com o texto, poder extrair dele, à luz da pré-compreensão estruturante e compartilhada de sentidos, o significado que represente o que histórica e tradicionalmente de melhor se produziu a partir daquele texto, sem olvidar de que essa decisão deverá servir de princípio orientador para interpretação de semelhantes casos futuros (daí o “romance em cadeia”). Visa-se, assim, evitar o solipsismo decisionista do ativismo judicial, retirando o juiz desse processo mental enganador.

A Crítica Hermenêutica do Direito, portanto, passa a desvelar o senso comum teórico de algumas máximas dadas como certas pela doutrina, a exemplo do que ocorre com a ideia de “livre apreciação da prova” ou de “livre convencimento”<sup>1787</sup>, e de se admitir buscar nos “princípios gerais de direito” a solução para possíveis lacunas, como se verá mais adiante. Tudo o que possa representar abertura para o decisionismo deve ser combatido e expurgado.

Assim, visando justamente amarrar o juiz ao quanto já se consolidou na tradição histórica que desemboca na Constituição em termos de princípios, no livro “Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica” Lenio Streck apresenta os cinco princípios norteadores de sua Teoria da Decisão Jurídica: preservar a autonomia do direito; controlar hermeneuticamente a interpretação constitucional; o efetivo respeito à integridade e à coerência do direito; o dever fundamental de justificar as decisões ou de

<sup>1785</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. Ob. cit., p. 239.

<sup>1786</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. Ob. cit., p. 32.

<sup>1787</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. Ob. cit., p. 318 e ss..

como motivação não é igual a justificação; e o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada<sup>1788</sup>.

Com a Crítica Hermenêutica do Direito, então, Lenio defende a ideia de que “o cidadão tem o direito de obter sempre uma resposta adequada à Constituição (aqui entendida como resposta hermeneuticamente correta)”<sup>1789</sup>. E elabora doze pontos que também considera imprescindíveis para a compreensão de sua teoria:

*Primeiro, não se pode confundir hermenêutica com teoria da argumentação jurídica (...);*

*Segundo, quando se diz que a Constituição e as leis são constituídas de plurivocidades sígnicas (textos “abertos”, palavras vagas e ambíguas, etc.), tal afirmativa não pode dar azo a que se diga que sempre há várias interpretações e, portanto, que o direito permite múltiplas respostas (...);*

*Terceiro, quando, por exemplo, Gadamer confrona o método, com seu Verdade e Método, não significa que a hermenêutica seja relativista e permita interpretações discricionárias/arbitrárias;*

*Quarto, quando a hermenêutica decreta a morte do método, isto não quer dizer que “agora é possível dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”;*

*Quinto, quando se fala na invasão da filosofia pela linguagem, mais do que a morte do esquema sujeito-objeto, isso quer dizer que não há mais um sujeito que “assujeita” o objeto (subjetivismos/axiologismos que ainda vicejam no campo jurídico) e tampouco objetivismos que “assujeitam” o sujeito;*

*Sexto, quando se popularizou a máxima de que “interpretar é aplicar” e que “interpretar é confrontar o texto com a realidade”, não significa que texto e realidade sejam coisas que subsistam por si só ou que sejam “apreensíveis” isoladamente, sendo equivocado pensar, portanto, que interpretar é algo similar a “fazer acoplamentos entre um texto jurídico e os fatos”;*

*Sétimo, de igual maneira, quando se popularizou a assertiva de que texto não é igual à norma e que a norma é o produto da interpretação do texto (Friedrich Müller), nem de longe quer dizer que o texto não vale nada ou que norma e texto seja “coisas à disposição do intérprete”, ou, ainda, que o intérprete possui arbitrariedade para a “fixação da norma” (sentido do texto);*

*Oitavo, a errônea compreensão acerca do sentido da expressão “a norma é sempre o sentido que se atribui ao texto” fez com que surgissem as diversas correntes voluntaristas-axiologistas, prejudicando, destarte, o entendimento acerca do (pós) positivismo;*

*Nono, se texto e sentido do texto não são a mesma coisa, tal circunstância não implica a afirmação de que estejam separados (cindidos) ou que o texto contenha a própria norma, mas, sim, que apenas há uma diferença (ontológica) entre os mesmos (...);*

<sup>1788</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. Ob. cit., pp. 330 e ss..

<sup>1789</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. Ob. cit., p. 33.

*Décimo, é um equívoco pregar que o texto jurídico é apenas “a ponta do iceberg”, e que a tarefa do intérprete é a de revelar o que está “submerso”, porque pensar assim é dar azo à discricionariedade e ao decisionismo, características do positivismo;*

*Décimo primeiro, é equivocado dizer que “aplicar a letra da lei é uma atitude positivista”, isto porque, em tempos de uma efetiva superação dos diversos positivismos, é um avanço nos depararmos com sinonímias entre texto e norma; em outras palavras, trata-se de ter presente, paradigmaticamente, a relevante circunstância de que a discussão da literalidade como “um mal em si” é própria do modelo de positivismo clássico-exegético-legalista; hoje tratamos daquilo que Elías Díaz chama de “legalidade constitucional”;*

*Décimo segundo, é equivocado mixar perspectivas teóricas incompatíveis entre si, como a concepção de princípios de Dworkin e Alexy (...)*<sup>1790</sup>

Como se vê, portanto, sem dúvida alguma a contribuição de Lenio Streck para impedir o juiz solipsista na interpretação da norma é relevantíssima e, se bem compreendida, funciona tanto para a interpretação do texto da lei (*lato sensu*), quanto, em boa parte, para a interpretação da prova. Com efeito, é possível continuar trabalhando com a Hermenêutica Filosófica na discussão a respeito da possibilidade de o juiz intervir na produção da prova, pois, como a Hermenêutica Filosófica é fortemente voltada para buscar a compreensão através das perguntas, não é preciso muito esforço para entender que esse paradigma filosófico, orientado pela intersubjetividade, conduz à necessidade da intervenção positiva do magistrado na ouvida da testemunha, com o magistrado formulando perguntas, já que é através das perguntas que os horizontes de sentido se encontram e se fundem. Juiz inerte, portanto, no plano hermenêutico filosófico, somente premia o solipsismo, pois o afasta da intersubjetividade.

Ademais, a Hermenêutica Filosófica orienta a se levar em conta, no curso da pretendida fusão de horizontes, que o juiz deve ser instado a identificar quais seriam seus pré-conceitos inautênticos, para suspendê-los no processo de compreensão da fala da testemunha. Sucede que, como pondera Lenio Streck, “isso somente ocorre quando a coisa interpela o intérprete, convoca-o a compreendê-la, em face do estranhamento que lhe provoca, o que não acontecerá nos casos em que sequer perguntamos acerca das razões pelas quais a resposta é aquela”<sup>1791</sup>. E prossegue

<sup>1790</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Ob. cit., pp.144-146.

<sup>1791</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Ob. cit., p. 83.

dizendo que é essa “hipótese de horizontes distintos, que provocará o ‘choque hermenêutico’, que ocorre quando algo estranho ao seu horizonte se lhe apresenta, circunstância que faz com que o intérprete ponha em questão seus pré-juízos (obviamente, se ele tiver condições pré-compreensivas para tal)”<sup>1792</sup>. Assim, finaliza Lenio: “esse ‘choque hermenêutico’ faz o intérprete estranhar o que lhe era familiar e, ao mesmo tempo, interpela-o para que torne familiar o que lhe surge como estranho”<sup>1793</sup>.

De qualquer sorte, até pela dificuldade de o juiz reconhecer seus pré-conceitos inautênticos justamente porque ele possa não ter as “condições pré-compreensivas” para tanto, como acima pontuado, arrisca-se a dizer que há uma parcial insuficiência na tentativa da Hermenêutica Filosófica de evitar a possível discricionariedade judicial na valoração da prova produzida em audiência no processo penal. Essa parcial insuficiência é demonstrada com a colaboração da Psicologia Cognitiva e da Psicanálise e parece não ser percebida pela Crítica Hermenêutica do Direito, já que não é levada em conta pela Hermenêutica Filosófica – até porque elas estão fora do campo da filosofia pura. Mesmo assim, se bem compreendidas, a Psicologia Cognitiva e a Psicanálise auxiliam na compreensão da complexidade do processo decisório do juiz, sem abandonar o quanto a hermenêutica filosófica e a Crítica Hermenêutica do Direito trazem de contribuição neste campo.

Aliás, para além da colaboração da Psicologia Cognitiva e da Psicanálise, também é possível emprestar a contribuição desenvolvida por Marco Aurélio Marrafon quando apresentou a compatibilização da Hermenêutica Filosófica com a complexidade do ser-no-mundo aproveitando-se da construção de Gianni Vattimo a respeito do que ele define como “*pensiero debole*” (pensamento fraco), ou seja, de uma “racionalidade hermenêutica fraca”<sup>1794</sup>, *verbis*:

<sup>1792</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Ob. cit., pp. 83-84.

<sup>1793</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Ob. cit., p. 84.

<sup>1794</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **O Caráter Complexo da Decisão em Matéria Constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, pp. 88 e ss., p. 97, *verbis*: o filósofo italiano vislumbra que a hermenêutica tem por papel mostrar que a interpretação racional da história não é uma tarefa científica nos termos positivistas, nem tampouco é apenas intuitiva. Essa tese pressupõe uma razão fraca (*pensiero debole*), como fruto de uma forma de pensar que não necessita de uma fundamentação metafísica, dando ensejo ao enfraquecimento de toda projetualidade forte ou vontade de potência, debilitando, inclusive, o modo ontológico de enxergar a diferença.

*A fim de sustentar teoricamente essa tese, propõe-se que todo julgamento deve ser mediado uma racionalidade hermenêutica fraca nos moldes sugeridos pelo filósofo italiano Gianni VATTIMO, que desenvolve sua tese do ‘pensiero debole’ como uma contundente crítica ao iluminismo racionalista e, nesse percurso, acaba ofertando interessantes intersecções para o repensar do método jurídico-decisório.*

*Com efeito, VATTIMO funda sua reflexão na articulação da tese heideggeriana do destino do “ser” como uma concatenação de aberturas do próprio “ser-no-mundo” aos diferentes sistemas de metáforas que qualificam a experiência humana durante a vida, fazendo com que a hermenêutica não recaia numa experiência meramente estética, mas sim argumente sua própria validade através de uma reconstrução da própria história, isto é, da tradição-destino de que ela provém, sendo ela mesma um momento deste destino.*

*Como consequência, tem-se que: i) não é admissível que se salte fora do processo em que desde já e sempre se está inserido (o mundo existencial) para buscar um ‘arché’, princípio ou estrutura última e, ii) também não se ignora a importância da racionalidade como um fio condutor que atua na justificação argumentativa das diferentes interpretações (ou discursos) sobre o mundo.*

*Essa leitura, transposta para a seara jurídica, torna possível que o processo decisório se desenvolva através da internalização de diferentes experiências ônticas (texto normativo, elementos factuais e argumentos produzidos), capazes de promover sucessivas projeções, contínuos tensionamentos, correções e deslocamentos de horizontes, até o ponto em que a verdade interpretativa ‘acontece’ para a autoridade judicante. Quando isso ocorre, encerra-se o debate, fazendo cessar as voltas no círculo hermenêutico.<sup>1795</sup>*

Ou seja, segundo Marco Marrafon, para fechar o círculo hermenêutico sem abandonar a compreensão hermenêutica filosófica leva-se em conta a internalização de “diferentes experiências ônticas” que podem gerar “tensionamentos, correções e deslocamentos de horizontes”. Ou, nos dizeres do próprio Gianni Vattimo:

*Na pré-compreensão estão abrangidas não apenas as regras e os métodos, aquilo que se chama o paradigma, mas também todas as expectativas e os pré-juízos que guiam os intérpretes nas várias fases, dos depoimentos testemunhais prestados aos policiais àqueles*

---

<sup>1795</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. O Juiz de Garantias e a Compreensão do Processo à Luz da Constituição: perspectivas desde a virada hermenêutica no direito brasileiro. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, pp.145-157, pp. 151-152.

*prestados ao juiz. O contraditório do processo é um modo para liquidar os pré-juízos não compartilhados ou não compartilháveis e, neste sentido, “subjetivos”, não, porém, para alcançar a “verdade dos fatos”. Mas, para além dos prejuízos puramente subjetivos, que possam e devam ser colocados fora do jogo do contraditório, existem outros que podem ser chamados de “atmosféricos”, históricos, “de destino” talvez, que em sua maioria permanecem em segredo e que, no entanto, talvez sejam os mais determinantes para formar o juízo.*<sup>1796</sup>

Assim, é com esse contributo tanto da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, quanto das observações adicionais de Marco Marrafon e Gianni Vattimo que permitem considerar a hermenêutica filosófica não em seu radicalismo absoluto, e sim levando em conta a complexidade do contraditório no processo penal, bem como os pré-juízos no processo decisório, somado às lições da Psicologia Cognitiva e da Psicanálise, que se pretende tratar no próximo Capítulo da questão da valoração probatória.

---

<sup>1796</sup> VATTIMO, Gianni. *Verità e Interpretazione*. In: **Processo e Verità**. A cura di MARINI, Alarico Mariani. Presentazione di ALPA, Guido. *Contributi di VATTIMO, Gianni et al. In collaborazione con Consiglio Nazionale Forense*. Pisa: Edizioni Plus – Pisa University Press, 2005, pp. 11-16, p. 14. Tradução nossa. No original, em italiano: *Nella precomprensione rientrano non solo regole e metodi, quello che si chiama il paradigma, ma anche tutte le aspettative e i pre-giudizi che guidano gli interpreti nelle varie fasi, dai testimoni ai poliziotti ai giudici. Il contraddittorio del processo è un modo per liquidare pre-giudizi non condivisi o non condivisibili, in questo senso “soggettivi”; non però per giungere alla “verità dei fatti”. Ma al di là dei pregiudizi puramente soggettivi, che possono e debbono venir messi fuori gioco dal contraddittorio, ce ne sono altri che si direbbero “atmosferici”, storici, di “destino” talvolta, che per lo più rimangono taciuti e che tuttavia sono forse i più determinante per il formarsi il giudizio.*



**Capítulo III – O aproveitamento parcial das soluções existentes para controlar o juiz também no momento da produção e valoração da prova: o paradigma da intersubjetividade nos marcos constitucionais e as tradições inautênticas.**

*...não se produz prova para, a partir de uma pesquisa da tradição jurídica, afirmar o “acerto” ou o “erro” da decisão, mas, sim, para compreender – corretamente – aquilo que a tradição produziu como direito e, com isso, oferecer uma interpretação coerente para o conjunto de provas que são apresentadas pelas partes.*

(LENIO LUIZ STRECK, RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA e ANDRÉ KARAM TRINDADE)<sup>1797</sup>

Diante de tudo quanto foi colocado no Capítulo anterior, o curioso – e incoerente – é que muitos juristas que ficariam chocados se ouvissem um juiz admitir que condenou uma pessoa mesmo admitindo que outras possibilidades de interpretação que conduzissem à sua absolvição seriam também possíveis, paradoxalmente admitem que os juízes podem decidir “de acordo com sua consciência”, como já referido acima. Essa flexibilidade de valores e a consequente falta de coerência e integridade, também acaba permitindo esse ativismo judicial.

Assim, resta claro que é necessário criar mecanismos que neutralizem o processo do decisionismo e da discricionariedade judicial não apenas na interpretação do direito, como trabalham Heidegger, Gadamer, Dworkin e Lenio Streck, mas também na interpretação da prova. Com isso se procura evitar julgamentos onde a prova é considerada suficiente, ou não, ao sabor da vontade do julgador, como se viu, por exemplo, na interpretação da prova do crime de formação de quadrilha, quando do julgamento dos Embargos Infringentes da Ação Penal 470 (“Caso Mensalão”), no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do voto do Ministro Luiz Roberto Barroso. Sem ingressar no mérito a respeito da prova ter sido suficiente ou não, o que chama a

---

<sup>1797</sup> STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. TRINDADE, André Karam. O “Cartesianismo Processual” em Terrae Brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos - NEJ** - Eletrônica, Vol. 18 - n. 1 - p. 05-22 / jan-abr 2013, p. 11, disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4480/2473>, acesso em 16 de novembro de 2014.

atenção é o misto de “livre convencimento” com a carência de fundamentação no voto do Ministro Barroso ao considerar ausente a prova do delito referido, *verbis*:

*A caracterização do crime de quadrilha pressupõe o dolo específico de constituir uma associação estável, com designios próprios, destinada ao cometimento de delitos indeterminados e isso, com todas as vênias dos que pensam diferentemente (...), isso não corresponde à minha compreensão dos autos*<sup>1798</sup>.

E, mais adiante, após interferência da Ministra Carmen Lúcia, o Ministro Barroso limitou-se a acrescentar: *Eu pensei, Ministra Carmen Lúcia, o meu convencimento, é, aqui fiz o meu voto, não participei do julgamento, e, portanto, votei como eu senti juridicamente a questão...*<sup>1799</sup>.

Esses trechos do voto do Ministro Barroso correspondem a toda “fundamentação” por ele utilizada na “valoração” da prova e dos fatos dos autos por ocasião do julgamento dos Embargos Infringentes. Ou seja, ninguém sabe os motivos pelos quais o Ministro Barroso “compreendeu” que a prova produzida nos autos seria insuficiente para caracterizar o delito de quadrilha, não obstante ele tenha explicitado ter decidido, à luz de seu “convencimento”, conforme “sentiu juridicamente a questão”. Enfim, nesse caso o Ministro Barroso apenas concluiu não ter compreendido dos autos a presença de prova do crime de quadrilha. Trata-se, evidentemente, de postura solipsista, muito comum nas Cortes brasileiras. No mesmo sentido foi a percepção de Lenio Streck:

*Com efeito, no julgamento da AP 470 isso apareceu muitas e muitas vezes (em vários votos, sob diversos epítetos). Agora, no finalzinho, quando da decisão acerca da existência do crime de quadrilha, o ministro Roberto Barroso falou repetidas vezes que assim julgava porque esse era o seu “sentimento” (já o fizera em outros momentos no STF). Para a maioria das pessoas isso pode ter passado despercebido. Mas a um hermeneuta isso bate fundo. A pergunta é: a Justiça pode depender do sentimento pessoal do julgador? Para o “bem” e para o “mal”? Tenho batido nessa tecla há mais de 20 anos (por isso, ninguém pode se surpreender com esta coluna —*

<sup>1798</sup> Voto proferido por ocasião do julgamento dos Embargos Infringentes na Ação Penal 470 no Supremo Tribunal Federal. Vídeo disponível na internet em <http://www.youtube.com/watch?v=HNoQJ4f1mJY>, a partir do 42º minuto, acesso em 09 de março de 2014.

<sup>1799</sup> 57 minutos e 20 segundos do vídeo.

*minha crítica é feita de forma lhana, acadêmica e respeitosa). Afinal, a Justiça (ou seja lá o nome que se dê a uma decisão conforme o Direito) pode depender de uma delegação à consciência (subjetividade) do(s) julgador(es)? Não. Definitivamente, não!*

*E posso demonstrar isso facilmente, a partir de duas decisões do mesmo ministro Barroso. No caso Donadon, visivelmente ele errou, ao emitir a liminar no MS 32.326, utilizando argumentos metajurídicos, que indubitavelmente são a confirmação de que o julgador coloca a sua subjetividade acima da estrutura do ordenamento (e não sou apenas eu quem diz que a decisão foi equivocada; veja-se, por exemplo, a crítica a ele feita pelo ministro Gilmar Mendes). Portanto, também ali a decisão, por conter argumentos metajurídicos, pode ser qualificada como subjetiva (ou segundo o seu sentimento). Além disso, no caso Donadon, o ministro Barroso disse que o julgador não deve se contaminar com o que pensa a opinião pública; entretanto, no caso da AP 470, disse que o juiz deve dialogar com a sociedade...Afinal, ele deve ou não deve ouvir a opinião pública?*

*Sigo. Recentemente, no caso do julgamento da AP 470 (ao apreciar a “questão” da quadrilha), não sei se errou ou acertou. Nem importa na discussão. Vamos, ‘ad argumentandum tantum’, dizer que acertou, o que apenas demonstra o acerto de minha tese. Decidir conforme o sentimento, como se sentença viesse de sentire (como isso é ainda repetido por aí) é sempre um jogo perigoso, porque não depende de um a priori compartilhado ou de uma estrutura discursiva que respeite a tradição hermeneuticamente reconstruída. Depender do “sentir individual” é dar um passo para trás, filosoficamente falando. Trata-se de um behaviorismo interpretativo. Decidir conforme o sentir pessoal é ignorar os paradigmas filosóficos e os filósofos responsáveis pelos câmbios e giros paradigmáticos, como Wittgenstein, Heidegger, Gadamer, Habermas, Müller, Dworkin, Luhmann, para citar apenas estes (no Brasil — e como não sofro da síndrome de caramuru — lembro que inúmeros professores trabalham isso: Dierle Nunes, Marcelo Cattoni, Leonel Rocha, Warat, Tércio, entre outros).<sup>1800</sup>*

Enfim, a decisão deve ser coerente não apenas com o direito, mas também com as provas produzidas no processo e sua adequada compreensão, até para guardar correspondência com elas, e, seja para considerá-las suficientes ou não, permitir explicitar as razões pelas quais o juiz as compreendeu suficientes ou não. Do contrário, o juiz nega efetividade aos princípios do contraditório e da ampla defesa e fica a um passo para o decisionismo e o arbítrio. Em outras palavras: de pouco adianta assegurar oportunidade de manifestação às partes, assegurar oportunidade de

<sup>1800</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Sempre ainda a dura face do ativismo em terrae brasilis**. Publicado no site do Conjur, do dia 06 de março de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-mar-06/senso-incomum-sempre-ainda-dura-face-ativismo-terrae-brasilis>, acesso em 09 de março de 2014.

participação na produção das provas às partes, se, ao final, o que prevalece é o “livre convencimento”, lido aqui não nos moldes consagrados historicamente na doutrina processual penal (como contraponto à prova tarifada e como desvinculação de uma imposição externa de quem detém poder), mas espelhado, até mesmo, no “sentimento” do magistrado, como se deu no voto do Ministro Barroso acima reproduzido. Nesse caso, os princípios de ampla defesa e contraditório são assegurados mais no plano formal que material. E, como destaca Joaquim Malafaia, “no fundo para garantir que a decisão sobre a matéria de facto seja correcta, tem de ser entendido e certificado que a mensagem que as testemunhas trazem ao tribunal é correctamente entendida”<sup>1801</sup>. E assim deve ser em qualquer caso, seja ele “fácil” ou “difícil” (*sic*), no plano não apenas jurídico, mas também probatório.

Nesse aspecto não se pode deixar de considerar mais uma vez o alerta de Lenio Streck de que “os sentidos não estão ‘nas coisas’ e, tampouco, na ‘consciência de si do pensamento pensante’ (ou das respectivas ‘vulgatas paradigmáticas’). Os sentidos se dão intersubjetivamente. Consequentemente, na medida em que essa intersubjetividade ocorre na e pela linguagem, para além do esquema sujeito-objeto, os sentidos arbitrários estão interditados”<sup>1802</sup>. Nesta medida é imperioso que o juiz fale, que externar o que lhe vai à cabeça no momento presente da produção probatória e não apenas ao final, por ocasião da sentença. Externando pela linguagem o que lhe traz a dúvida permite às partes dialogarem e “construírem”, intersubjetivamente, o sentido das provas.

Ainda que se possa querer argumentar que nos ditos “casos difíceis” no plano probatório, isto é, nos casos onde a prova não é clara (seja para condenar, seja para absolver) e, portanto, gere dúvida no magistrado por ocasião do momento da produção probatória, os fatos que possam ser considerados favoráveis ao acusado, devem ser dados como provados (em observância à presunção de inocência vinculada à máxima do *in dubio pro reo*), e, assim, sustente-se que a inércia do juiz deve ser absoluta quanto à prova (inclusive em relação à possibilidade de buscar esclarecimentos

---

<sup>1801</sup> MALAFAIA, Joaquim. A Linguagem no Depoimento das Testemunhas e a Livre Apreciação da Prova em Processo Penal. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Ano 20, nº 4, outo bro-dezembro de 2010, pp. 555-578, p. 577.

<sup>1802</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. Ob. cit., p. 311.

adicionais da testemunha), pois, na dúvida, o juiz julgaria a favor do réu, não há como se garantir, efetivamente, que essa dúvida que possa ir à cabeça do juiz seja de fato capaz de conduzi-lo a assim agir. Ou seja, a inércia absoluta do magistrado na produção da prova não é garantia de que, estando em dúvida, ele absolva, como visto acima. Ele pode compreender a prova na linha solipsista, como quem pensa: “a prova é fraca, mas estou convencido da culpa”. Em outras palavras, e por mais paradoxal que possa parecer, não raras vezes o juiz se comporta como quem precisa ter “certeza” para absolver “em dúvida”. É claro que se espera que ele não aja dessa forma, mas basta se valer, como já destacado, dos “requisitos retóricos da sentença”, nos moldes destacados por Nilo Bairros de Brum<sup>1803</sup>, para que o “efeito de verossimilhança fática” se produza e a sentença condenatória não seja reformada, mesmo estando o juiz em dúvida razoável.

Portanto, para minimizar e até evitar a possibilidade de uma decisão solipsista, camuflada de retórica numa indevida sentença condenatória, é importante considerar que a pretensão de se obter uma “resposta certa”, na linha proposta por Dworkin para o direito, ou uma “resposta hermeneuticamente adequada”, na linha proposta por Lenio Streck – e levando em conta o “tempero” dado por Gianni Vattimo e seu *pensiero debole*, como proposto por Marco Marrafon –, também deve valer para a compreensão coerente e íntegra (correta/adequada) da prova. Isso também é fundamental num processo penal que pretenda dar maior efetividade aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Essa “resposta adequada”, por evidente, em inúmeras ocasiões dependerá de complementos/esclarecimentos probatórios de iniciativa do magistrado. Vale desde já o registro de que não se trata de permitir ao juiz propor a prova, mas atuar, complementarmente, no contexto da produção da prova proposta pelas partes. Não se pode olvidar que é do magistrado o poder de explicitar as razões de sua decisão, mas é das partes o direito de saber se o que procuraram demonstrar em termos probatórios no exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa foi de fato compreendido pelo magistrado, de forma coerente e íntegra, e de ver assegurado que ele não esteja julgando, seja para condenar, seja para absolver, apenas baseado num exercício de fé.

---

<sup>1803</sup> BRUM, Nilo Bairros de. Ob. cit., pp. 73 e ss.

**Seção I – Contributos da Hermenêutica Filosófica na apreciação constitucional da prova: limites normativos pré-compreendidos, tradicionalmente admitidos e parcialmente restritivos da discricionariedade judicial.**

*Perguntar permite sempre ver as possibilidades que ficam em suspenso. Por isso, se é possível compreender uma opinião à margem do próprio opinar, não é possível compreender a questionabilidade desligando-nos de um verdadeiro questionar. Compreender a questionabilidade de algo já é sempre perguntar.*

(HANS-GEORG GADAMER)<sup>1804</sup>

De tudo quanto já se disse, não há dúvida de que a Hermenêutica Filosófica apresenta importante contribuição para diminuir decisionismos e arbitrariedades.

Com efeito, como já se anotou acima, essa contribuição passa pelo fato da Hermenêutica Filosófica sustentar a necessidade da pergunta como condição de possibilidade da compreensão. Gadamer deixa claro que a pergunta é mais importante que a resposta<sup>1805</sup>. Para que o juiz tenha a dimensão do que exatamente a testemunha está transmitindo é fundamental atentar para quais perguntas devem ser formuladas. Ainda que as partes possam inicialmente suprir as perguntas no processo de compreensão da prova, persiste a possibilidade concreta destas perguntas não conseguirem provocar no juiz a compreensão de que seus pré-conceitos não devem prevalecer no processo decisório. Não se duvida, portanto, da relevância da Hermenêutica Filosófica neste ponto.

Essa importante contribuição também se revela, em certa medida, no curso da produção da prova e de sua avaliação, particularmente na questão da pré-compreensão estruturante de que se falou acima, no que concerne às tradições dos *standards* de prova admitidos. Gadamer considera que “o que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do

<sup>1804</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 489.

<sup>1805</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., pp. 473 e ss..

que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento”<sup>1806</sup>. E, mais adiante, sintetiza: “os costumes são adotados livremente, mas não são criados nem fundados em sua validade por um livre discernimento. É isso, precisamente, que denominamos tradição: ter validade sem precisar de fundamentação”<sup>1807</sup>.

No plano dessa “tradição gadameriana”, portanto, e no âmbito do processo penal, pode-se dizer que há diversos princípios que boa parte da doutrina moderna considera serem produtos de uma “herança histórica” e, portanto, consagrados a ponto de serem considerados “válidos sem precisar de fundamentação” (para emprestar a expressão de Gadamer), devendo orientar a interpretação da prova pelo juiz. Servem de exemplo: a proibição de valoração de provas obtidas por meios ilícitos; a construção da teoria das provas ilícitas por derivação; o contraditório; a ampla defesa; a proibição de valoração do silêncio do réu; o direito de não ser obrigado a produzir provas contra si; a presunção de inocência; o ônus da prova integral da acusação; o livre convencimento motivado; a livre apreciação da prova; o *in dubio pro reo* como solução para as dúvidas do juiz; dentre outros.

Sucedem que nem todos eles podem ser considerados como “tradições autênticas” no nível hermenêutico, pois camuflam outras questões psicanalíticas e ao desconsiderá-las acabam dando a entender que as pré-compreensões de seus significados seriam suficientes para evitar o decisionismo judicial.

Mas não se quer aqui generalizar ou desconsiderar a importância da Hermenêutica Filosófica. Ao contrário, como já se procurou deixar registrado acima. De fato, alguns *standards* probatórios supra referidos deveriam servir de limite hermenêutico ao juiz. Se a prova é ilícita, o juiz não pode valorá-la. Isso é inquestionável nos dias de hoje. Ao menos é o que se espera dos juízes, isto é, que não sejam capazes de validamente argumentar em sentido inverso, dizendo que aceitam a ilicitude. Do contrário, os Tribunais podem reformar sua decisão sem muito esforço hermenêutico. Ao menos deve ser assim, pois faz parte da tradição

---

<sup>1806</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 372.

<sup>1807</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 372.

hermenêutica, construída ao longo dos tempos, não ser mais razoável admitir, por exemplo, a tortura como mecanismo de busca da confissão.

O problema começa quando um juiz, ciente da prova obtida e ciente da ilicitude que a gerou e da impossibilidade de utilizá-la, quiser condenar o réu mesmo assim por ter compreendido sua culpa justamente a partir da prova ilicitamente obtida. Ou ainda, de uma prova derivada, que é o mais comum. Neste caso, corre-se o risco de o juiz conduzir o feito para a condenação ainda que não possa valorar a prova considerada ilícita. Ou seja, mesmo não podendo valorá-la, por uma vedação legal tradicionalmente aceita, fará um esforço pessoal para condenar o réu por ter compreendido sua culpa. Situação similar pode ocorrer com a interpretação da prova ilícita por derivação; com o direito ao silêncio do réu e com o princípio da não autoincriminação. Mesmo assim, há que se considerar que o que se espera destes *standards* é que todos eles operem restringindo a liberdade de decidir do magistrado, ainda que por vezes isso se dê de forma apenas aparente. Com efeito, os referidos *standards* nem sempre conseguem eliminar por completo a discricionariedade e o decisionismo, pois ainda que se tenha presente a necessidade dos atores processuais serem “constrangidos” hermenêuticamente pela tradição, é certo que eles possam não ter completamente introjetados os cânones hermenêuticos referidos, que até deveriam ser compartilhados por quem opera no processo penal de conotação democrática, mas que nem sempre conseguem ser bem compreendidos por todos. Assim, estes *standards* tem a pretensão de atuar como limites hermenêuticos, como emancipações de sentido, como horizontes que restringem a interpretação da prova, a qual deveria ser avaliada dentro dessa finitude. Nesse sentido, tanto a produção quanto a valoração da prova, portanto, não operam a partir de graus zero de sentido.

Porém, se até mesmo com os *standards* mais consagrados na tradição hermenêutica, há, por vezes, certa disparidade compreensiva por parte dos juízes, não se pode olvidar que existem “princípios” consagrados tradicionalmente que, ao revés de atuarem como mecanismos hermenêuticos de pré-compreensão com sentidos compartilhados com pretensões universais, acabam velada ou indiretamente autorizando decisionismos e solipsismos, como se passa a expor.



## Seção II – A má-recepção que gera uma “tradição inautêntica” da “livre apreciação da prova” e do “livre convencimento do juiz”.

*Mas tudo é fruto do momento histórico por que passamos e expressão da realidade social: não há mais o inimigo comum "ditadura", atrás do qual transitavam no opaco os pseudodemocratas, confundindo a luta contra ela por interesses pessoais com as reais aspirações do povo. Agora, não obstante, "O Rei está nu", como lembrou Edmundo Lima de Arruda Junior; e a questão continua sendo a plena possibilidade de manipulação da lei pelos operadores do direito, contra a qual todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram, a começar, no campo processual - e em particular no processual penal -, pelo princípio do livre convencimento: basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da "segurança jurídica", da "verdade" e tantos outros conceitos substancialmente vagos, indeterminados, que, por excelência, ao invés de perenes e intocáveis, devem ser complementados e ampliados em razão das necessidades reais da vida; só não podem servir de justificação descentrada (e ser aceitos como tal), isto é, legitimadora de uma mera aparência.*

(JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO)<sup>1808</sup>

*Eis algumas máximas de Azdak: “É bom para a justiça funcionar ao ar livre. O vento lhe levanta a saia e pode-se ver o que está por baixo”; “Contam a meu respeito que um dia, antes de pronunciar a sentença, eu saí para respirar o cheiro de uma roseira”; “Me traga aquele livro grosso, que eu sempre faço de almofada para sentar! (Schauva apanha em cima da cadeira de juiz um grande livro, que Azdak se põe a folhear.) Isto aqui é o Código*

---

<sup>1808</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. Ob. cit., pp. 05-06.

*das Leis, e você é testemunha de que eu sempre fiz uso dele”, sentando-se sobre o livro.*

(LENIO LUIZ STRECK, citando o Juiz Azdak do conto de BERTOLD BRECHT, *Círculo de Giz Caucasiano*)<sup>1809</sup>

A doutrina de processo penal<sup>1810</sup> costuma referir ao que se usou denominar de “princípio da livre apreciação da prova” e, na mesma linha, também aquele referido como “princípio do livre convencimento do juiz”, ou suas variações mais garantistas (“livre convencimento motivado”; “persuasão racional”) como sendo avanços dogmáticos capazes de afastar a valoração probatória das ideias dos dois polos antagônicos e extremados da “prova tarifada” (no qual o valor da prova é dado previamente pela lei, não deixando margem à interpretação do juiz) e da “convicção íntima” (no qual a lei não estabelece valores prévios às provas e, assim, o juiz pode “julgar com prova, sem prova e mesmo contra a prova”, não sendo necessário externar os motivos de sua decisão<sup>1811</sup>).

<sup>1809</sup> STRECK, Lenio Luiz. Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios. In: **Consultor Jurídico - Conjur**. 29 de março de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-mar-29/senso-incomum-azdak-humpty-dumpty-embargos-declaratorios>, acesso em 09 de março de 2015.

<sup>1810</sup> V.g.: FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal. Volume II**. Ob. cit., pp. 358 e ss.; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Ob. cit., pp. 337 e ss.; LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Ob. cit., pp. 574 e ss.; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. Volume 1**. 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67; PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal**. Ob. cit., pp. 840 e ss.; RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Ob. cit., 521; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. Ob. cit., p. 285; NIEVA FENOLL, Jordi. **La Valoración de la Prueba**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 69; LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II**. Ob. cit., p. 155.

<sup>1811</sup> SARAGOÇA DA MATTA, Paulo. A Livre Apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Ob. cit., p. 237. Em geral a doutrina trata destas terminologias como pertencentes a uma mesma ideia, variando a terminologia de país para país. Paulo Saragoça da Matta, por exemplo, explica assim a questão (p. 239): *Constitui regra quase intangível do processo penal hodierno a regra segundo a qual a apreciação da prova é “livre”. Por outras palavras, que a prova é apreciada “em consciência” pelo Tribunal (processo penal espanhol), ou ainda que a apreciação da prova se faz de acordo com a regra da “íntima convicção” do julgador (processo penal francês) ou do seu “livre convencimento” (processo penal italiano).* Sobre o tema vide também: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Ob. cit., p. 196, verbis: *Como é primário, há, historicamente, três princípios que orientam a regência da dita apreciação, em que pese não necessariamente em tal ordem cronológica: (i) o valor das provas é dado pelo juiz que, livremente, empresta a ela a sua subjetividade: trata-se do princípio da convicção íntima ou certeza moral; (ii) o valor das provas é atribuído taxativamente pela lei: trata-se do princípio da certeza legal ou tarifamento legal; (iii) o valor das provas é atribuído livremente pelo juiz, a partir de sua convicção pessoal, porque não há como ser diferente, na estrutura atual do processo, mas todas as decisões devem ser fundamentadas: trata-se do princípio do livre convencimento ou da convicção racional.*

As distintas expressões também decorrem das terminologias utilizadas nos diferentes diplomas legais: em Portugal e na Alemanha (“livre apreciação da prova” - *freie Beweiswürdigung*), na Espanha (“livre apreciação” e “livre valoração” – *libre apreciación y libre valoración*), na França (convicção íntima - *intime conviction*) e na Itália (livre convencimento do juiz – *libero convincimento del giudice*). Neste sentido Ennio Amodio esclarece:

*A “freie Beweiswürdigung” do sistema alemão e a “intime conviction” do processo penal francês são conceitos que exprimem o mesmo significado ínsito na fórmula italiana do livre convencimento. A raiz comum é aquela da refutação a qualquer limitação da liberdade de valoração da prova, isento de qualquer mecanismo de dosagem preventiva de seu poder de persuasão estabelecido “a priori” pelo legislador. O valor inspirador do princípio está na liberação do juiz das provas legais do processo medieval, marcados como instrumentos de mortificação da racionalidade do acerto judicial.*<sup>1812</sup>

Há, porém, uma pequena variação na compreensão do tema em parte da doutrina. Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, procura traçar uma diferença entre a ideia de “livre convencimento” e “livre investigação da prova”, deixando anotado que “a fórmula ‘livre convencimento’ se tornou uma das mais ambíguas do repertório do processo penal”<sup>1813</sup>, para então dizer que “não se confundem o princípio do livre convencimento e o da livre investigação das provas pelo juiz, mas é frequente a conjugação dos dois princípios, porque é por intermédio da livre investigação das provas, atendendo à averiguação da verdade material, que o juiz acaba por formar seu livre convencimento”<sup>1814</sup>. No entanto, é preciso cuidado para não fazer confusão. Ada não trata do que uma parte da doutrina chama de “livre apreciação da prova”, mas sim

<sup>1812</sup> AMODIO, Ennio. **Processo Penale, Diritto Europeo e Common Law: dal rito inquisitorio al giusto processo**. Ob. cit., pp. 121-122. Tradução nossa. No original, em italiano: *La ‘freie Beweiswürdigung’ del sistema tedesco e l’intime conviction del processo penale francese sono concetti che esprimono lo stesso significato ínsito nella formula italiana del libero convincimento. La radice comune è quella del rifiuto di ogni limitazione della libertà di valutazione della prova, sottratta a qualsiasi meccanismo di preventivo dosaggio della sua persuasività stabilito a priori dal legislatore. Il valore ispiratore del principio sta nell’affrancamento del giudice dalle prove legali del processo medievale, bollate come strumenti di mortificazione della razionalità dell’accertamento giudiziale.*

<sup>1813</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal. As Interceptações Telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 73.

<sup>1814</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal. As Interceptações Telefônicas**. Ob. cit., p. 73.

do que ela denomina de “livre *investigação* da prova”. “Apreciar” é diferente de “investigar”. Assim, na forma como o tema é tratado pela autora, não resta dúvida que se tratam de princípios diversos, pois “investigar livremente”, pressupõe liberdade para o juiz ir atrás da prova e, portanto, ir em busca de qualquer prova. Já ao se referir à “liberdade de apreciação”, o que se quer pontuar é que, das provas que foram produzidas, o juiz não é obrigado a se vincular a uma delas, se outra é por ele considerada “melhor”, “mais confiável” ou algo do gênero. Em outras palavras: a livre “apreciação” da prova não autoriza o juiz a sair em busca da prova ou a “investigar”, mas apenas indica que ele é livre para, analisando as provas que foram produzidas, atribuir-lhes o peso, o valor que julgar adequado à luz de seu “livre convencimento”.

Na doutrina estrangeira Giovanni Leone aborda este tema em termos aproximados ao quanto ponderado por Ada Pellegrini Grinover, mesclando os conceitos ao dizer que “vige hoje – e justamente – o principio da livre convicção do juiz, o qual deve se entender como poder-dever do juiz de conseguir, onde quer que seja, a prova dos fatos e valorá-la sem limite algum”<sup>1815</sup>. Como se vê, Leone refere tanto à livre convicção, quanto a “conseguir, onde quer que seja, a prova dos fatos”, que pode ser lido como “livre investigação”, para ao final referir que, depois de obtida a prova, o juiz pode “valorá-la sem limite algum”.

Há também a observação de Franco Cordero, para quem “‘prova de valoração livre’ não significa que sejam valoráveis também aquelas inadmissíveis ou mal adquiridas, ainda que isso aconteça com frequência; e ‘livre convencimento’ se torna a fórmula de uma gnose onívora em perfeito estilo inquisitório”<sup>1816</sup>.

---

<sup>1815</sup> LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II**. Ob. cit., p. 156. Tradução nossa. No original, em espanhol: *rige hoy – y justamente – el principio de la libre convicción del juez: el cual debe entenderse como poder-deber del juez de conseguir, dondequiera que sea, la prueba de los hechos y valorarla sin limite alguno*.

<sup>1816</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Ob. cit., pp. 606-607. Tradução nossa. No original, em italiano: *“prova a valutazione libera” non significa che siano valutabili anche le inammissibili o male acquisite, ma così avviene spesso; e “libero convincimento” diventa la formula d’una gnose onnivora in perfetto stile inquisitorio. Com frequenza monotona ricorre l’assunto che tutto quanto figura nel rapporto poliziesco serva alla decisione*.

Já para Aury Lopes Jr. e Nereu José Giacomolli<sup>1817</sup>, por exemplo, o “livre convencimento” também significa “não submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou mesmo à vontade da maioria”<sup>1818</sup>.

Porém, a maioria da doutrina – nacional<sup>1819</sup> e estrangeira<sup>1820</sup> – primeiro não utiliza a expressão “livre *investigação* da prova”, e, segundo, refere-se ao “livre convencimento” e/ou à “livre *apreciação* da prova” como duas faces da mesma moeda. Julio Maier, por exemplo, trata o livre convencimento como “método de *valorização* da prova”:

<sup>1817</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal. Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: casos da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180: *Livre convencimento vincula-se ao poder decidir sem coação, sem afetação da capacidade de entendimento e determinação do órgão decisor, mas não no sentido de afastar a necessidade de justificação e de ultrapassar as limitações do devido processo.*

<sup>1818</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed., ob. cit., p. 562: *Cumpra então analisar mais detidamente o alcance dessa liberdade que o julgador tem para formar sua convicção. Ela se refere à não submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou mesmo à vontade da maioria.*

<sup>1819</sup> V.g. BENTO DE FARIA, A. **Código de Processo Penal. Volume I, Arts. 1 a 250**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Record Editora, 1960, pp. 254 e ss.; FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal. Volume II**. Ob. cit., pp. 358 e ss.; MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Curso de Direito Processual Penal**. Ob. cit., pp. 118 e ss.; TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal. Volume IV**. Ob. cit., pp. 216 e ss.; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. Volume 3**. 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 274-275; RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Ob. cit., p. 521; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, pp. 340-341; LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed., Ob. cit., pp. 564 e ss.; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997, pp. 161 e ss.

<sup>1820</sup> V.g. CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta; DELLA CASA, Franco; GATTO, Alfredo; ILLUMINATI, Giulio; MARZADURI, Enrico; ORLANDI, Renzo; SCAPARONE, Metello; VOENA, Giovanni Paolo. **Compendio di Procedura Penale**. 2ª edizione. Padova: CEDAM, 2003. p. 306; TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. Ob. cit., p. 210; GAROFOLI, Vincenzo. **Diritto Processuale Penale. Seconda Edizione**. Milano: Giuffrè, 2002, pp. 44 e ss.; MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III**, Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín, Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 1996, p. 199; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal. Primeiro Volume**. Ob. cit., pp. 198 e ss.; MARQUES DA SILVA, Germano. **Curso de Processo Penal. Volume I**. 2ª ed., Lisboa: Editorial Verbo, 1994, p. 74; ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. ob. cit., pp. 102 e ss.; GÖSSEL, Karl Heinz. **El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho, Tomo I**. Ob. cit., p. 272; GAMBOA, Agustín; BERDULLAS, Carlos Romero. **Proceso Constitucional Acusatorio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, p. 220; AROCENA, Gustavo Alberto; BALCARCE, Fabián Ignacio; CESANO, José Daniel. **Prueba en Materia Penal**. Ob. cit., p. 73; ARMENTA DEU, Teresa. **Estudios de Justicia Penal**. Ob. cit., pp. 65-66; DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría General de La Prueba Judicial**. Tomo Primero. 5ª ed., Bogotá: Temis, 2002, p. 275; NIEVA FENOLL, Jordi. **La Valoración de la Prueba**. Ob. cit., pp. 32 e ss.; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *La Convicción del Juez Penal*. In: **Justicia Penal, Política Criminal y Estado Social de Derecho en el Siglo XXI. Tomo II**. SOTTOMAYOR, Carlos Tieffer (Organizador). Buenos Aires: Ediar, 2015, pp. 711-735, pp. 714 e ss.; MORALES, Rodrigo Rivera. **La Prueba: un análisis racional y práctico**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, pp. 247 e ss.; NORES, José I. Cafferata; HAIRABEDIÁN, Maximiliano. **La Prueba en el Proceso Penal: con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba**. 6ª ed., Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2008, p. 57.

*Non se pode exigir, no momento de valorar a prova, condições especiais, positivas ou negativas, para alcançar a convicção sobre estes elementos. Livre convicção significa, então, em primeiro lugar, ausência de regras abstratas e gerais de valoração probatória, que transformem a decisão ou a opinião numa operação jurídica consistente em verificar as condições estabelecidas pela lei para afirmar ou negar um fato.*<sup>1821</sup>

(...)

*Se se trouxe à colação a livre convicção, como um método de valoração da prova, neste contexto, é porque se pensa que ela favorece a determinação da verdade. Em particular, afirma-se isso em comparação com a apreciação da prova segundo regras jurídicas abstratas e gerais (prova legal), cuja aplicação determina a convicção judicial, pois, argumenta-se, o seu resultado não é satisfatório no caso concreto.*<sup>1822</sup>

Vincenzo Manzini também dizia que “dado o princípio da livre convicção, qualquer um compreende com quais escrúpulos irá proceder à valoração da prova. O magistrado deve banir de sua mente, com cuidado, tudo o que possa levá-lo ao erro, determinando preconceitos insidiosos”<sup>1823</sup>.

Em obra coletiva, Giovanni Conso e Vittorio Grevi também deixam registrado que o “princípio do livre convencimento do juiz” é relacionado ao “regime de valoração da prova”, dizendo que “se deve por em evidência, com efeito, como tal princípio seja afirmado com exclusiva referência ao momento da valoração da prova”<sup>1824</sup>.

<sup>1821</sup> MAIER, Julio B. J.. **Derecho Procesal Penal – Tomo I – Fundamentos**. Ob. cit., p. 870. Tradução nossa. No original, em espanhol: *No se puede exigir, en el momento de valorar la prueba, condiciones especiales, positivas o negativas, para alcanzar la convicción sobre esos elementos. Libre convicción significa, entonces, en primer lugar, ausencia de reglas abstractas y generales de valoración probatoria, que transformen la decisión o el dictamen en una operación jurídica consistente en verificar las condiciones establecidas por la ley para afirmar o negar un hecho.*

<sup>1822</sup> MAIER, Julio B. J.. **Derecho Procesal Penal – Tomo I – Fundamentos**. Ob. cit., p. 872. Tradução nossa. No original, em espanhol: *Si se há traído a colación a la libre convicción, como método de valoración de la prueba, en este contexto, es porque se piensa que él favorece la determinación de la verdad. En especial, ello se afirma en comparación con la apreciación de la prueba según reglas jurídicas abstractas y generales (prueba legal), cuya aplicación determina la convicción judicial, pues, se sostiene, su resultado no es satisfactorio en el caso concreto.*

<sup>1823</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III**, Ob. cit., p. 199. Tradução nossa. No original, em espanhol: *dado el principio de la libre convicción, cualquiera comprende con qué escrúpulo habrá que proceder en la valoración de la prueba. El magistrado debe alejar de su mente, con todo cuidado, cuanto pueda llevarlo a error, determinando insidiosos prejuicios.*

<sup>1824</sup> CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta; DELLA CASA, Franco; GATTO, Alfredo; ILLUMINATI, Giulio; MARZADURI, Enrico; ORLANDI, Renzo; SCAPARONE, Metello; VOENA, Giovanni Paolo. **Compendio di Procedura Penale**. 2ª edizione. Padova: CEDAM, 2003. p. 306. Tradução nossa. No original, em italiano: *Passando al regime di valutazione della prova, cui è textualmente dedicato l'art. 192, ne risulta anzitutto ribadito il principio del “libero convencimento” del giudice (...). Al riguardo deve*

Figueiredo Dias também considera “a livre apreciação da prova” segundo a “livre convicção do juiz” como um único princípio<sup>1825</sup>.

Seja como for, o fato é que numa análise histórica, até mesmo a ideia de “livre convencimento” ou “livre apreciação da prova”, por vezes se confundiam e eram até mesmo coexistentes com o modelo da “prova tarifada”. Com efeito, essa vinculação já foi identificada como presente em inúmeras passagens processuais penais antigas até mesmo, em certa medida, desde o direito romano, passando pelo direito germânico, e também nas *Siete Partidas* e na *Constitutio Criminalis Carolina*, dentre outros diplomas ao longo da Baixa Idade Média<sup>1826</sup>.

Ainda que possam ter tido essa origem de certa forma comum, é certo que o modelo de “prova tarifada” (ou “prova legal”) predominou em determinados momentos da história processual europeia continental, notadamente entre os séculos XIII e XVIII, orientando o processo penal para a busca da confissão do acusado, considerada a *regina probationum* (a “rainha das provas”) e, assim, se por um lado esse modelo deixava o juiz mais “confortável, porque menos responsabilizador” já que, “como tudo na vida, a exclusão da liberdade cinge a responsabilidade”<sup>1827</sup>, por outro, facilitava abusos, a exemplo do uso da tortura para obter a confissão, além de limitar o processo cognitivo do juiz à prévia determinação legal. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho bem analisa essa passagem:

*Daquilo que serve de base ao pensamento hodierno sobre a matéria e, de conseqüência, influencia o nosso, há de se ver que muitas legislações aceitaram a previsão da possibilidade do juiz incorrer em erro, no momento de valoração dos meios de prova utilizados, razão pela qual fixou-se, na lei, uma hierarquia de valores referentes a tais meios. Veja-se, neste sentido, o sistema processual inquisitório medieval, no qual a confissão, no topo da estrutura, era*

---

*subito porsi in evidenza, infatti, come tale principio venga affermato con esclusivo riferimento al momento della valutazione della prova (...).*

<sup>1825</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal. Primeiro Volume**. Ob. cit., p. 202, *verbis*: O que significa porém, exatamente, livre apreciação da prova, valoração esta segundo a livre convicção do juiz? Vimos já que tal significa, negativamente, ausência de critérios legais predeterminantes do valor a atribuir à prova. Mas qual o seu significado positivo? Uma coisa é desde logo certa: o princípio não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrolável – e portanto arbitrária – da prova produzida.

<sup>1826</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. **La Valoración de la Prueba**. Ob. cit., pp. 52 e ss..

<sup>1827</sup> SARAGOÇA DA MATTA, Paulo. A Livre Apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Ob. cit., p. 258.

*considerada prova plena, a rainha das provas (regina probationum), tudo como fruto do tarifamento previamente estabelecido. Transferia-se o valor do julgador à lei, para evitar-se manipulações; e isso funcionava, retoricamente, como mecanismo de garantia do argüido, que estaria protegido contra os abusos decorrentes da subjetividade. Sem embargo, a história demonstrou, ao revés, como foram os fatos retorcidos, por exemplo, pela adoção irrestrita da tortura. Todavia, após a Revolução Francesa, passou-se a sustentar que o valor e a força dos meios de prova não podem ser aferidos a priori, com base em critérios legais, mas tão-só a partir da análise do caso concreto. Assim, passou-se a substituir, paulatinamente, o princípio da valoração legal das provas pelo princípio da livre apreciação delas pelo juiz, com a devida fundamentação: teríamos chegado, com o livre convencimento, à fase científica.*<sup>1828</sup>

Foi, então, com o racionalismo iluminista que a “livre apreciação da prova” e o “livre convencimento” retomaram suas forças, ainda que no início fossem entendidos como correlacionados à “convicção íntima”<sup>1829</sup>.

Na verdade, ao longo da transição operada a partir da Revolução Francesa o modelo inicial era um misto de “prova tarifada” e “convicção íntima”, como explica Franco Cordero:

*No moribundo ou falecido ‘ancien régime’ os reformadores discutem os problemas da decisão sobre o tema histórico. Filangieri, em Nápoles (em 1785) e, 14 anos depois, Robespierre na Assembléia Constituinte sustentam fórmulas ecléticas: nenhuma condenação sem “intime conviction”; mas não bastam as “certezas morais”; ocorrem provas legalmente definidas (por exemplo, as duas testemunhas de acordo, não recusadas pelo acusado).*<sup>1830</sup>

<sup>1828</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Ob. cit., p. 196.

<sup>1829</sup> Vários são os autores que fazem essa referência. Além dos já citados, destaca-se igualmente ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *La Convicción del Juez Penal*. In: **Justicia Penal, Política Criminal y Estado Social de Derecho en el Siglo XXI. Tomo II**. Ob. cit., p. 714; SARAGOÇA DA MATTA, Paulo. A Livre Apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Organizadas pela Faculdade de Direito de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut. Coordenação científica de Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, 2004, pp. 221-279, pp. 234 e ss..

<sup>1830</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 8ª ed., Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 571. Tradução nossa. No original, em italiano: *Nell'ancien régime morente o defunto i riformatori discutono i problemi della decisione sul tema storico. Filangieri a Napoli (nel 1785) e, 14 anni dopo, Robespierre all'Assemblea costituente sostengono formule eclettiche: nessuna condanna senza “intime conviction”; ma non bastano “certezze morali”; occorrono prove legalmente definite (ad esempio, i due testimoni concordi, non ricusati dall'imputato).*



Este modelo permaneceu no *Code d'instruction Criminelle* de 1808, elaborado por Napoleão, não obstante ele não fosse muito simpático ao júri, premiando, assim, a íntima convicção na deliberação dos jurados que respondiam a quesitos apenas com um “sim” ou um “não”<sup>1831</sup>, nos mesmos moldes do que sucede com o júri brasileiro ainda hoje. É o que Ennio Amodio chama de “teoria romântica do livre convencimento”, pautada por uma “persuasão emotiva”, algo como uma “reação instintiva às provas, subtraída de qualquer forma de racionalização”<sup>1832</sup>. Assim, a ideia de “livre convencimento” nasce vinculada à ideia de “convicção íntima” e, como explica Cordero, o significado desse “livre convencimento” é muito claro: “as provas contam na medida em que os juízes as considerem confiáveis”, sendo que, na prática, “qualquer dado é útil, desde que conhecido” e, nessa medida, “o metabolismo decisório seleciona e assimila tudo, sejam provas proibidas, sejam “não-provas” (por exemplo, notícias, relatórios policiais, os escritos anônimos, o experimento realizado de forma privada nas salas secretas)”<sup>1833</sup>.

Portanto, promover a leitura da liberdade valorativa da prova e do livre convencimento como vinculada à “convicção íntima”, que surge como contraponto ao modelo de “prova tarifada”, não obstante tenha dado liberdade ao juiz para julgar, provocou o mesmo efeito perverso de premiar abusos, pois, ao dar ampla margem de discricionariedade ao julgador, ele praticamente não era controlado por ninguém e por vezes acabava decidindo por vontades pessoais<sup>1834</sup>. Vem, então, a ideia de privilegiar os aspectos positivos da liberdade valorativa da prova pelo juiz, isto é, de fazê-lo assumir responsabilidades, evitando que ele se comporte como uma espécie de “Pilatos da magistratura”<sup>1835</sup>, além de minimizar a tendência de buscar, a qualquer custo, determinadas provas cujos valores prévios dados pela lei resolveriam o

<sup>1831</sup> CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Ob. cit., p. 571.

<sup>1832</sup> AMODIO, Ennio. *Processo Penale, Diritto Europeo e Common Law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Ob. cit., p. 122. Tradução nossa. No original em italiano: *reazione istintiva alle prove da essere sottratto a qualsiasi forma di razionalizzazione*.

<sup>1833</sup> CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Ob. cit., p. 571. Tradução nossa. No original, em italiano: *le prove contano nella misura in cui i giudici le ritengano attendibili; e comunque concludano, devono addurre ragioni. Ma la prassi torna alla pura gnoseologia inquisitoria (allora temperata dal formalismo legalistico), sviluppando una machina onnivora: viene utile ogni dato, comunque conosciuto; il metabolismo decisorio scinde e assimila tutto, dalle prove vietate alle non-prove (ad esempio, denunce, rapporti della polizia, scritti anonimi, l'esperimento eseguito privatamente in camera di consiglio)*.

<sup>1834</sup> Nesse sentido, dentre outros: LEONE, Giovanni. Ob. cit., p. 157.

<sup>1835</sup> BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*. Ob. cit., p. 82.

processo, e de manter seu convencimento livre de influências externas outras como destacado por Aury e Nereu acima (notadamente as possíveis influências políticas, econômicas ou hierárquicas), mas também de neutralizar seus aspectos negativos, ou seja, não permitir que decida sem dizer os motivos que o levaram a tanto, condicionando suas valorações probatórias e seu convencimento à necessidade de explicitação racional dos motivos que o levaram a selecionar tal prova em detrimento de outra e de decidir como decidiu. Enfim, estabeleceu-se que deve o magistrado fundamentar suas decisões<sup>1836</sup>. É o que se passa a denominar de “livre convencimento motivado”, também chamado de “persuasão racional”. Assim, o juiz deve persuadir racionalmente, isto é, deve convencer as partes de que fez a melhor valoração possível das provas produzidas nos autos, explicando, racionalmente, os motivos de seu convencimento, sem descuidar do alerta evidenciado na síntese de Jacinto Coutinho: “tal princípio do livre convencimento não deve implicar numa valoração arbitrária da prova por parte do juiz”<sup>1837</sup>.

No que interessa ao direito brasileiro contemporâneo, tem importância referir à redação primitiva do Código de Processo Penal brasileiro, de 1941 (vigente até 2008), que trazia no artigo 157 a regra do livre convencimento e da livre apreciação da prova vazada nos seguintes termos: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”. E a necessidade de fundamentação aparecia na regra do art. 381, III, do Código de Processo Penal:

---

<sup>1836</sup> Conforme Leandro Guzmán foi a partir de meados do século XVIII que a necessidade de motivação passou a ser mais ampla. Esclarece o autor que “na Itália, a obrigação de motivação se encontrava prescrita em alguns casos pela legislação estatutária, adquirindo manifestações relevantes na legislação florentina e na legislação do Piemonte”. Mais adiante, ainda esclarece que “a motivação das decisões judiciais esteve influenciada, como em tantas ordens o próprio direito, pela mudança de paradigma ocorrido na França com a Revolução e a consequente caída da sociedade feudal”. Tradução nossa. No original, em espanhol: *En Italia, la obligación de motivación se encontraba prescrita en algunos casos por la legislación estatutária, adquiriendo manifestaciones relevantes en la legislación florentina y en la legislación del Piamonte. (...) la motivación de las decisiones judiciales estuvo influenciada, como en tantos órdenes del derecho, por el cambio de paradigma ocurrido en Francia con la Revolución y la consecuente caída de la sociedad feudal.* (GUZMÁN, Leandro. **Derecho a una Sentencia Motivada. Integración del debido proceso legal y la tutela judicial efectiva**. 1ª reimpressão, Buenos Aires-Bogotá: Astrea, 2014, pp. 31 e 32). No mesmo sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. 2ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 51 e ss..

<sup>1837</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Ob. cit., p. 197.

Art. 381. A sentença conterá:

(...)

III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

A explicação desta opção era dada na Exposição de Motivos:

*(...) O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.*<sup>1838</sup>

Como se vê, a construção legislativa de 1941 visava desvincular o juiz de valores probatórios prévios dados pela lei, deixando-o “livre” para formar seu convencimento, alheio a eventuais pressões políticas, econômicas ou sociais externas. Ao mesmo tempo, o juiz também ficava igualmente “livre” para atribuir as cargas valorativas que julgasse relevantes às provas produzidas. Assim, não havia – e ainda não há – uma hierarquia de valores pré-dados pela lei às provas. Todas, a princípio, possuem valores próprios e, em certa medida, equivalentes, sendo que uma não se sobrepõe, de antemão, à outra, como dado prévio. Poderá, entretanto, sobrepor-se no contexto valorativo elaborado pelo magistrado, que poderá considerar uma prova “melhor”, ou mais “confiável”, ou mais “condizente”, ou mais “coerente” (ou qualquer outro adjetivo similar) com o conjunto probatório que a outra. De resto, para escapar da discricionariedade absoluta da “íntima convicção”, apostava-se, e ainda se aposta, que a fundamentação salvará qualquer possibilidade de arbítrio nessa livre apreciação da prova. A fundamentação, inclusive, foi elevada a cânone constitucional, conforme se vê do inciso IX, do art. 93, da Constituição da República brasileira de 1988:

*IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às*

<sup>1838</sup> CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3689, de 03 de outubro de 1941. In: BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. Ob. cit., p. 375.

*próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.*<sup>1839</sup>

Nestes prismas construtivos, os princípios do “livre convencimento motivado” e da “livre apreciação da prova” com “persuasão racional” são positivos e contribuem para se avançar para um processo penal mais democrático, porquanto visam eliminar a possibilidade dos abusos que eram verificados tanto nos sistemas de provas com valores tarifados *a priori* quanto em modelos de “convicção íntima” nos quais o julgador não precisa externar os motivos de sua decisão. São, portanto, neste ponto, importantes instrumentos de garantia que operam à luz do eixo de proibição de excesso na valoração da prova pelo juiz.

Porém, nem sempre eles são compreendidos em toda sua dimensão garantista, conforme se percebe no cotidiano de decisões prolatadas por inúmeros magistrados e Tribunais que acabaram, de certa forma, mal compreendendo e, assim, até mesmo deturpando a importância destes nortes de valoração probatória. Como se constata no cotidiano dos julgamentos, não raras vezes as decisões ainda são conduzidas por sentimentos pessoais do julgador ou por valores de elementos de convicção que não foram submetidos ao contraditório. Como já alertou Jacinto Coutinho: “faz-se imprescindível reconhecer que o princípio do livre convencimento pode ser manipulado pelo julgador, razão por que a consciência de tanto é necessário a fim de controlar-se, dando efetividade à garantia constitucional”<sup>1840</sup>. Ou ainda, como refere o mesmo Jacinto Coutinho, seguindo a trilha de Nilo Bairros de Brum, “pelo princípio do *livre convencimento*, basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da ‘segurança jurídica’, da ‘verdade’ e tantos outros conceitos substancialmente vagos, indeterminados”<sup>1841</sup>.

<sup>1839</sup> BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal. Ob. cit., p. 82.

<sup>1840</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro*. Ob. cit., p. 197. Em linha similar: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Ob. cit., p. 136, *verbis*: *O controle, de fato, para nós, é uma quimera. Faz-se de conta que a subjetividade não existe, ou melhor, sua existência, quando admitida, encontra total controle no livre convencimento.*

<sup>1841</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Papel do Novo Juiz no Processo Penal*. Ob. cit., p. 06.

Ademais, muito dessa má compreensão do princípio no Brasil<sup>1842</sup> também decorre, por exemplo, da consolidação de uma jurisprudência e de uma doutrina anteriores à Constituição da República de 1988, que pregaram a validade e aproveitamento dos atos de investigação produzidos no Inquérito Policial “até prova em contrário”, como dizia Espínola Filho<sup>1843</sup>. Aliás, a obra intitulada “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, de Espínola Filho, teve papel significativo na consolidação do entendimento jurisprudencial que já havia nos anos anteriores a 1941 a respeito do aproveitamento do inquérito policial como prova para condenar, fundado, já então, na ideia de “livre apreciação da prova”. Com efeito, seu “Código Anotado” traz à colação julgados do Supremo Tribunal Federal, do início do século XX, dos quais o autor destaca um de 1926, assim reproduzido:

*Mais categórica, ainda, a lição do ac. de 28 de abril 1926, em que o ministro GEMINIANO DA FRANÇA, relatando o rec. crim. n. 536, consigna: “Considerando que a prova colhida em*

<sup>1842</sup> Não que o problema seja uma exclusividade brasileira. Na Espanha, por exemplo, verifica-se a mesma má compreensão do princípio, conforme notícia MUÑOZ CONDE, Francisco. **La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal**. Ob. cit., p. 47, verbis: *Porém, o que significa realmente esta declaração? Constitui o reconhecimento expresso de que na determinação dos fatos os juízes não tem outra vinculação que não seja a que lhes dita o senso comum, sua intuição e, em última instância, “sua consciência”, renunciando a priori aos critérios objetivos que permitam racionalmente buscar a verdade ao mesmo tempo em que se faz justiça? Assim pareceu entender a STS de 10/2/78, quando disse que: “O julgador, ao apreciar as provas praticadas, as alegações das partes e as declarações ou manifestações do acusado, o fará não sem relembrar a valoração taxada ou predeterminada pela lei, ou seguindo as regras da crítica sã, ou de maneira simplesmente lógica ou racional, mas de um modo tão livre e omnídeo que não tem mais freio à sua soberana faculdade valorativa que não seja o proceder à análise e à consecutiva ponderação, de acordo com sua própria consciência, aos ditados de sua razão analítica e a uma intenção que se presume sempre reta e imparcial”. Porém, contra este subjetivismo extremo, que, assumido literalmente, pode levar às consequências mais absurdas, levantaram-se vozes não somente na doutrina, mas na própria jurisprudência posterior do Tribunal Supremo espanhol e do Tribunal Constitucional espanhol. Tradução nossa. No original, em espanhol: Pero ¿qué significa realmente esta declaración? ¿Constituye la misma el reconocimiento expreso de que en la determinación de los hechos los jueces no tienen otra vinculación que la que les dicte su sentido común, su intuición y, en última instancia, “su conciencia”, renunciando a priori a unos criterios objetivos que permitan racionalmente buscar la verdad al mismo tiempo que se hace justicia? Así pareció entenderlo la STS del 10/2/78, cuando dijo que: “El juzgador, al apreciar las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado, lo hará no ya sin reminiscencia de valoración tasada o predeterminada por la ley, o siguiendo las reglas de la sana crítica, o de manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el proceder al análisis y a la consecutiva ponderación, con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial”. Pero contra este subjetivismo extremo, que asumido literalmente puede llevar a las conclusiones más absurdas, se han alzado voces no sólo en la doctrina, sino en la propia jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo español y del Tribunal Constitucional español...*

<sup>1843</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Volume 1**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1965, p. 255.

*inquérito policial tem bom valor probante, quando não infirmada pelo sumário, ou destruída por defeituosa ou falsa por outras provas oferecidas pela defesa. O nosso sistema processual empresta-lhe inquestionável valor jurídico, tanto assim que lhe dá força para a prova da materialidade do crime e para a concessão da prisão preventiva” (Arquivo Judiciário, vol. 2º, 1927, pág. 107).<sup>1844</sup>*

E, não obstante Espínola Filho até tenha feito referência a um acórdão em sentido inverso, também de 1927, fez questão de registrar que ele se tratava de caso isolado, para então indicar a posição dominante do Tribunal de Apelação do Distrito Federal:

*Mantido em inúmeros processos, a ponto de representar a orientação comum do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, vemos, ao invés, firmar-se o entendimento de que prevalecem os inquéritos policiais, com valor probatório, se não são invalidados por prova em contrário. Solène proclamação dessa realidade encontramos no acórdão proferido pela 2ª Câmara crim., na ap. crim. n. 2.218, de 11 de julho 1937, e no qual escreveu o relator, desemb. CESÁRIO PEREIRA: “Nada importa a circunstância de terem sido esses elementos de elucidação produzidos em parte fora do juízo, no inquérito policial, que instrui a denúncia. É preceito de lei que os inquéritos policiais merecem valor até prova em contrário (art. 33, do dec. N. 5.515, de 13 de agosto de 1928), e, na espécie, nenhuma prova existe, que ilida a prova colhida na investigação policial” (Diário da Justiça – Jurisprudência, vol. 21, 1937, pág. 503).<sup>1845</sup>*

Prossegue, então, Espínola Filho esclarecendo compreender que esse entendimento decorre “do princípio norteador do novo processo penal brasileiro. Domina-o o sistema da livre convicção do juiz, a cujo respeito borda a exposição de motivos do ministro CAMPOS considerações desta ordem...”<sup>1846</sup>. Por fim, sentencia o autor:

*Compreende-se, pois, que, nesse trabalho de coordenação não somente, mas de formação, também, da prova, o juiz, preocupado exclusivamente em apreender a realidade dos*

<sup>1844</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Volume 1.** Ob. cit., p. 254.

<sup>1845</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Volume 1.** Ob. cit., p. 255-256.

<sup>1846</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Volume 1.** Ob. cit., p. 256.

*atos, como correspondente à verdade mais verdadeira, não poderá deixar de dar atenção a todos os elementos, que a autoridade policial conseguir obter e apresentar, reunidos no inquérito, base da denúncia ou da queixa. Ao mesmo tempo que procurará aferir a autenticidade, a eficiência, a força objetiva desses elementos, neles terá um subsídio valioso, excelentes pontos de partida, para as suas investigações, cuja extensão será focalizada, neste estudo, em tempo próprio. Tudo quanto fizer, no curso do processo, terá a alta finalidade de obter que a sua apreciação subjetiva seja a representação mais fiel e mais segura da verdade objetiva. Se, porém, pela ação dispersiva do tempo decorrido, pelo desaparecimento ou mudança dos fatores materiais, de que puder dispor, pela invencível má vontade ou pelas grandes falhas das pessoas, a cuja colaboração tiver de recorrer, não vir coroado de êxito os seus mais denodados esforços, no sentido de alcançar, produzida no sumário, a prova de que necessita, para proclamar a boa razão da defesa ou a procedência da acusação, nada obsta, antes tudo aconselha a que, sem a menor reserva, se valha da prova existente apenas no inquérito, com o convencimento de ser ela a verdadeira, não a havendo anulado fatos ou circunstâncias mais fidedignas, conseguidos na instrução criminal.*

*O nosso entendimento, exposto na 1ª edição deste livro<sup>1847</sup>, teve a mais completa confirmação com a orientação da jurisprudência...*<sup>1848</sup>

Assim, antes mesmo do Código de Processo Penal de 1941, mas também ao longo de vários anos de sua vigência como acima destacado, muitos magistrados e Tribunais passaram a decidir embasados em elementos preliminares de convicção, colacionados ainda na fase pré-processual, sem contraditório e sem ampla defesa, dando a eles maior ênfase do que às provas produzidas em juízo, fundados no princípio “da livre convicção do juiz”, como dizia Eduardo Espínola. Ainda que na maioria dos casos após a Constituição de 1988 os Tribunais tenham passado a repudiar a condenação embasada em provas colhidas exclusivamente no Inquérito Policial, não foram poucas as decisões nas quais o juiz, ou até mesmo o Tribunal em fase recursal, embasado nas ideias de “livre convencimento” e de “livre apreciação da prova”, mantiveram a condenação<sup>1849</sup> (ou até reformaram a absolvição de primeiro grau<sup>1850</sup>) apenas com base em depoimentos colhidos no inquérito policial.

<sup>1847</sup> A primeira edição é de 1941.

<sup>1848</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Volume 1.** Ob. cit., pp. 257-258.

<sup>1849</sup> V.g.: **BRASIL. Tribunal de Alçada do Paraná. Quarta Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 80336-9.** Relator Jesus Sarrão, julgado em 13 de outubro de 1995, unânime, disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/136984/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-80336-9>, acesso em 11 de maio

Diante desse cenário veio a reforma operada pela Lei 11.690, em 2008, focada na pretensão de ajustar a legislação infraconstitucional aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa<sup>1851</sup>. A novel redação contendo a livre apreciação passou a constar do atual artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro, no qual se tomou o cuidado de acrescê-la de aspectos que visam, em certa medida, limitar essa liberdade valorativa de buscar nos elementos de convicção pré-processuais do Inquérito Policial não submetidos ao contraditório e à ampla defesa as razões para decidir. A redação aprovada no Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, então, restou assim delineada, *verbis*:

---

de 2015. Ementa: *LESÕES CORPORAIS SEGUIDAS DE MORTE - NEXO CAUSAL - PROVA - SUFICIÊNCIA. "Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido" (CP, art. 13). Causas preexistentes e relativamente independentes que concorram para o resultado não excluem aquela devida ao agente. Quando a prova, colhida no inquérito policial e em parte reproduzida em Juízo, no seu conjunto não deixa dúvida quanto a autoria e culpabilidade do réu, é de rigor sua condenação.* (grifos nossos).

<sup>1850</sup> V.g.: **BRASIL. Tribunal de Alçada do Paraná. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 54047-4.** Relator: Fleury Fernandes, Segunda Câmara Criminal, julgado em 04 de março de 1993, unânime, disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/110334/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-54047-4>, acesso em 11 de maio de 2015. Ementa: *AÇÃO PENAL. FURTO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE CHAVE FALSA E FURTO NOTURNO, CRIME CONTINUADO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RÉU REVEL. PROVA ORAL REDUZIDA A UMA SÓ TESTEMUNHA. VÍTIMAS DEIXADAS DE OUVIR. RÉU ABSOLVIDO SOB FUNDAMENTO DE FALTA DE PROVA. PROVA QUE AUTORIZA, NO ENTANTO, A CONDENÇÃO POR UMA DAS MODALIDADES DE DELITO. APELO PROVIDO EM PARTE. Embora o inquérito policial constitua procedimento administrativo informativo, que não se confunde com a instrução criminal, a prova colhida nessa fase investigatória só deixa de ter valor decisório se não encontra qualquer suporte no curso do procedimento judicial ou quando é amplamente desmentida nesta etapa processual.*

<sup>1851</sup> Conforme se vê da justificativa da mudança legislativa inserida na Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 4205/2001, elaborada pelo então Ministro da Justiça, Jorge Gregori, embasado nos estudos da Comissão de Juristas formadas pelo Poder Executivo da União com os seguintes membros: Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Petrônio Calmon Filho (Secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (posteriormente substituído por Rui Stoco), Rogério Launi Tucci e Sidney Beneti, *verbis*: *A Constituição de 1988, ao garantir "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa" (art. 5º, inciso LV), assegura às partes a participação efetiva nas atividades processuais, especialmente aquelas em que se forma o material probatório que servirá de base para a decisão. Por esse motivo, o anteprojeto propõe nova redação ao art. 155 do Código de Processo Penal, deixando bem claro que não podem ser reconhecidos como provas - e portanto capazes de servir à formação do convencimento judicial -, os elementos colhidos sem aquelas garantias, como ocorre em relação aos dados informativos trazidos pela investigação, que devem servir exclusivamente à formação da opinião delicti do Ministério Público e à concessão de medidas cautelares pelo juiz. Excetuam-se apenas as provas produzidas antecipadamente, as cautelares e as irrepetíveis, sobre as quais se estabelecerá o contraditório posterior.* **BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados.** 30 de março de 2001, p. 9474, disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=597>, acesso em 11 de maio de 2015.



*Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*<sup>1852</sup>

O problema é que a redação consagrada também nesta reforma legislativa de 2008 ainda continua autorizando fundamentar a decisão nos “elementos informativos colhidos na investigação”, apenas não admitindo que o juiz o faça “exclusivamente” com base neles. Assim, ainda comunica aos juízes a ideia de que eles são “livres” para formar sua convicção; são “livres” para valorar a prova, dando a entender que não são limitados senão pela parca restrição de não fundamentar exclusivamente nos elementos do inquérito, mas ao mesmo tempo são “livres” em suas escolhas probatórias. Enfim, as poucas restrições introduzidas na nova redação do artigo 155 não retiram a ideia norteadora da lei: liberdade ao magistrado para formar sua convicção. Tourinho Filho, por exemplo, analisando esta regra, afirma que “o juiz, em face das provas existentes nos autos, tem inteira liberdade na sua apreciação” e, nessa linha, conclui que ele “pode desprezar o depoimento de quatro testemunhas, por exemplo, e respaldar sua decisão num único depoimento”<sup>1853</sup>. Na doutrina há também quem alerte para o risco destas expressões serem mal compreendidas pelos juízes. Giovanni Leone, por exemplo, explica que as concepções de uma “livre apreciação da prova” ou do “livre convencimento”, não podem ser lidas como autorizações para arbitrariedades<sup>1854</sup>.

*Porém não pode, nem deve significar mais, e sobretudo, não deve significar liberdade, ao juiz, para substituir a prova (e, conseqüentemente, a crítica da prova) pelas conjeturas ou, por mais honesta que seja, por sua mera opinião.*

*Livre convicção não equivale, pois, à arbitrariedade: “livre, no sentido que o juiz não tenha outro limite, na valoração das provas, a não ser a consciência da responsabilidade de sua função”. Quer dizer, não se trata de liberdade de julgar, na qual está o arbítrio; mas de liberdade*

<sup>1852</sup> BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal. Ob. cit., pp. 403-404.

<sup>1853</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. Volume 1**. Ob. cit., p. 67.

<sup>1854</sup> Não é o único. No Brasil, Frederico Marques também acena, em certa medida, para este problema. Este autor, no entanto, não obstante explicita o risco, volta-se para admitir que o juiz julgue “segundo os ditames do bom senso, da lógica e da experiência” (FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal. Volume II**. Ob. cit., p. 362).

*de comprovação, ou mais concretamente, de liberdade na adoção dos instrumentos de comprovação, o que pressupõe sempre o dever de proceder a uma comprovação.*<sup>1855</sup>

Nesse aspecto de se permitir confusões interpretativas do quanto se pretendia comunicar com o “livre convencimento motivado”, a ponto de o juiz se conduzir para extrair conclusões arbitrárias da valoração da prova, Paulo Saragoça da Matta, por exemplo, indica os problemas do princípio quando ele é conjugado com a presunção de inocência e o direito ao silêncio do acusado que pode ser lido pelo Magistrado como indicativo de culpa:

*No que concerne às relações entre o princípio da livre apreciação da prova e o princípio da presunção de inocência, conclui-se sem margem para dúvidas que aquele poderá retirar da consistência objectiva deste último. Com efeito, mercê do princípio da presunção de inocência, o Arguido tem teoricamente o direito a abster-se totalmente de agir no processo, esperando passivamente que o Ministério Público, o Assistente, e/ou o Tribunal demonstrem a respectiva responsabilidade criminal. Todavia, uma total passividade da defesa pode redundar numa imagem desfavorável desta perante o julgador, o que num sistema assente no princípio da livre convicção do julgador, poderá permitir a conclusão popular de que quem cala consente, ou, numa abordagem mais sociológica, que o silêncio funciona como uma confissão tácita da responsabilidade do Arguido.*<sup>1856</sup>

Enfim, é justamente por aí que começa a transparecer o outro lado da moeda. Ainda que se saiba que no campo dogmático da doutrina de processo penal a explicação dada para tais regras resida, como destacado no início, na referida pretensão de substituição do modelo de prova tarifada de alguns processos medievais, o que os “princípios” do “livre convencimento” e da “livre apreciação da prova” acabam comunicando a alguns magistrados é uma falsa ideia de que eles não precisam se

<sup>1855</sup> LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II.** Ob. cit., p. 157. Tradução nossa. No original, em espanhol: *Pero no puede ni debe significar más, y sobre todo, no debe significar libertad, en el juez, para substituir la prueba (y consiguientemente, a la crítica de la prueba) las conjeturas o, por honesta que sea, su mera opinión. Libre convicción no equivale, pues, a arbitrariedad: “libre, en el sentido de que el juez no tenga otro límite, en la valoración de las pruebas, que la conciencia de la responsabilidad de su función”. Es decir, no se trata de libertad de juzgar, en el cual está el arbitrio; sino de libertad de comprobación, o más concretamente, de libertad en la adopción de los instrumentos de comprobación, lo cual presupone siempre el deber de proceder a una comprobación.*

<sup>1856</sup> SARAGOÇA DA MATTA, Paulo. A Livre Apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais.** Ob. cit., p. 259.

preocupar com o quanto foi produzido de prova, pois mesmo que exista uma prova que apresente um quadro inequívoco de demonstração de algo, a exemplo do que ocorre com as provas periciais em geral, eles teriam a “liberdade” para desconsiderá-la se estiverem “convencidos” de que o fato ocorreu de forma diversa. Para tanto, basta expor seus motivos e “persuadir” o leitor de sua sentença, “racionalmente”. E aqui, ainda que não se admita, *contrario sensu*, que o julgador se valha de argumentos irracionais, ou emotivos<sup>1857</sup>, como se sabe, a retórica pode servir de imunização para possíveis decisionismos. Nilo Bairros de Brum bem esclarece que o juiz não pode chegar na sentença e dizer que está condenando porque tem “raiva de estuprador” ou está absolvendo “porque ficou com pena do réu e do destino de sua prole”. Mas, manipulando retoricamente a valoração das provas, dá a elas um “efeito de verossimilhança fática”, capaz de imunizar a decisão de possíveis críticas<sup>1858</sup>.

Ou seja, se a ideia do “livre convencimento” foi modernamente moldada para ser lida de mãos dadas com a ideia de “convicção íntima”, ainda que mais tarde se tenha avançado para exigir a fundamentação no chamado “livre convencimento motivado”<sup>1859</sup>, é certo que, apesar dos alertas da doutrina, a raiz do “princípio” comunica liberdade valorativa ao juiz. Neste ponto, vale o registro: não é que se deseje um retorno à tarifação probatória como substituição à livre apreciação – longe disso –, mas é de se compreender que o princípio premia decisionismos, pois o juiz acaba acreditando que pode se valer, por exemplo, de máximas de experiência para decidir já que se não lhe cobra nenhum critério de valoração. E, na sentença, escolhendo livremente, mas visando aparentar um “ar democrático”, o juiz poderá acabar construindo, retoricamente, uma “justificativa”, uma “motivação” para sua “livre escolha”.

Ou seja, se essa ideia de liberdade outorgada ao magistrado é lida como “princípio” do processo penal, acaba sendo vista como norma e, como tal, tem cariz deontológico, isto é, passa a ser um dever ser. O juiz, então, pode compreender que deve ser livre para formar seu convencimento. Nessa linha, o magistrado poderá acabar conduzindo sua apreciação e valoração da prova acreditando nessa liberdade

<sup>1857</sup> Como refere, por exemplo, UBERTIS, Giulio. *Sistema di Procedura Penale I. Principi Generali*. Ob. cit., p. 98.

<sup>1858</sup> BRUM, Nilo Bairros de. Requisitos Retóricos da Sentença Penal. Ob. cit.

<sup>1859</sup> V.g. GUZMÁN, Leandro. *Derecho a una Sentencia Motivada. Integración del debido proceso legal y la tutela judicial efectiva*. Ob. cit., pp. 31 e ss..

de dizer o que quiser a respeito dela. Conduzir-se-á, portanto, com a postura de se acreditar senhor da prova, senhor dos sentidos. E daí para o decisionismo é um passo. Os princípios, portanto, não obstante tenham desempenhado relevante papel na transição do modelo de prova tarifada para esse mais democrático, pela via inversa, paradoxalmente, acabam também premiando a manutenção do paradigma da filosofia da consciência e o solipsismo.

O problema é tão amplo que, não raras vezes, mesmo quando a lei diz que determinado fato depende de determinada prova (como ocorre, por exemplo, na regra do art. 158 combinada com o art. 564, III, “b”, ambos do Código de Processo Penal<sup>1860</sup>), o juiz, valendo-se do “livre convencimento motivado”, desconsidera o texto de lei e admite como provado o fato por outros meios<sup>1861</sup>. Não raras vezes, a perícia é requerida, por exemplo, para demonstrar a inimputabilidade ou semimputabilidade do acusado em crime de tráfico de drogas, como exigem os artigos 45, 46 e 47 da Lei 11.343/06<sup>1862</sup> combinados com o artigo 149 do Código de Processo Penal<sup>1863</sup>, e o que

<sup>1860</sup> BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. Ob. cit., pp. 404 e 447, verbis: Art. 158. *Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. (...) Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: (...) III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: (...) b) o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167.*

<sup>1861</sup> O problema também foi percebido por CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Ob. cit., p. 607. Na jurisprudência brasileira vide, v.g.: BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 891609-0**. Relator Des. Rogério Etzel, julgado em 31 de janeiro de 2013, disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11414171/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-891609-0>, acesso em 11 de maio de 2015. Do corpo do Acórdão extrai-se a seguinte passagem: *De acordo o princípio da livre apreciação das provas, o magistrado não é obrigado a esperar a juntada de determinado laudo nos autos quando já formulou o seu convencimento com base em outros elementos. 2. A perícia documentoscópica não constitui o único método para determinar a falsidade de documento e detectado por perícia papiloscópica que a cédula de identidade é ideologicamente falsa, inarredável a condenação decorrente do art.304, do Código Penal.*

<sup>1862</sup> BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. Ob. cit., pp. 1076: **Art. 45.** *É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado. Art. 46.* *As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Art. 47.* *Na sentença condenatória, o juiz, com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, realizada por*

se tem como resposta em alguns casos, é que essa prova não seria um “*direito subjetivo do acusado*” e que o juiz não é obrigado a deferir requerimento neste sentido, porque labora à luz do livre convencimento motivado<sup>1864</sup>. Noutros casos, valora inversamente, isto é, a prova pericial diz uma coisa, mas ele prefere acreditar noutra. Isso quando não envereda para querer saber mais do que o perito, valendo-se das “*regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece*”...<sup>1865</sup>

---

*profissional de saúde com competência específica na forma da lei, determinará que a tal se proceda, observado o disposto no art. 26 desta Lei.*

<sup>1863</sup> BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. Ob. cit., p. 403: **Art. 149**. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

<sup>1864</sup> V.g. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus nº 99.739/DF**. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima julgado em 15 de junho de 2010, disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200800231660&dt\\_publicacao=02/08/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800231660&dt_publicacao=02/08/2010), acesso em 11 de maio de 2015, *verbis*: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. SENTENÇAS CONDENATÓRIA E ABSOLUTÓRIA SUPERVENIENTES. PREJUDICIALIDADE PARCIAL DA ORDEM. INDEFERIMENTO DE PERÍCIAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DA PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. 1. A superveniência de sentenças condenatória e absolutória prejudica a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, restando prejudicada, em parte, a ordem. 2. O magistrado, como destinatário direto da instrução probatória, pode, mediante fundamentação (princípio do livre convencimento motivado), indeferir a produção de provas que entender impertinentes, desnecessárias ou protelatórias. 3. A defesa não logrou demonstrar a imprescindibilidade da realização do exame, não consistindo referida perícia em direito subjetivo do réu. 4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

<sup>1865</sup> A título ilustrativo vale destacar trecho de Acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná que, em sede de competência originária no julgamento de delito imputado a Promotor de Justiça, à luz do artigo 6º da Lei 8038/90, julgou improcedente *ab ovo* a denúncia por crime de homicídio culposo no trânsito, no qual o Relator questiona os métodos e afasta os critérios utilizados pelos peritos do Instituto de Criminalística para aferir a velocidade mínima empregada por um dos veículos, ingressando em discussão de dados técnicos a respeito da Física, mesclada com “*regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece*”, sem ser ele mesmo um perito, por evidente, para, com isso, desconstituir a prova pericial. BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Órgão Especial. Denúncia Crime nº 647667-7**. Relator Des. Xisto Pereira, julgado em 09 de maio de 2013, disponível em <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>, acesso em 11 de março de 2015. *Verbis*, do corpo do Acórdão: (...) Ocorre que para a elaboração dos referidos cálculos matemáticos se tomou como base, única e exclusivamente, a extensão da derrapagem do veículo conduzido pelo denunciado antes da colisão, ou seja, 38,40m. Esse dado certamente foi pinçado do croqui de fl. 11, elaborado em 06.11.2009 pela Polícia Rodoviária Federal, pois o laudo pericial data de 17.01.2011, quando não mais existiam vestígios no local. Não consta do laudo pericial que foram levadas em consideração, de acordo com o mencionado croqui de fl. 11, os ângulos das trajetórias e as distâncias finais dos veículos depois do “ponto de impacto”, isto é, depois da colisão, nem eventuais fatores de desaceleração do veículo que vinha em sentido contrário ao do denunciado. Isso era de suma importância para a confiabilidade da aludida tabela sobre ser a velocidade do veículo conduzido pelo denunciado maior do que aquela do

Mas se o contraditório e a ampla defesa servem de mecanismos de constrangimento à pretensão de liberdade valorativa do magistrado, há uma espécie de contrassenso em se admitir a livre apreciação e a livre convicção de um lado e a necessidade de enfrentar as teses das partes do outro. Talvez por isso, não sejam raros os julgados que seguem a baliza da desnecessidade de enfrentar todas as teses esposadas pelas partes ou de valorar todas as provas produzidas. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça serve de exemplo ilustrativo o seguinte trecho do acórdão proferido no HC 269084, do Distrito Federal, Relator Ministro Felix Fischer, julgado em 16 de dezembro de 2014:

*Sustenta o impetrante que o Tribunal a quo, ao julgar o recurso de apelação, não observou o princípio do contraditório, haja vista que "não leram as provas produzidas pela defesa" (fl. 5).*

*Não prospera, de igual forma, a afirmação do impetrante, haja vista que o juiz ou Tribunal profere suas decisões com base no princípio do livre convencimento motivado, vale dizer, deve ser assegurado a convicção do órgão julgador por meio da livre apreciação das provas constantes dos autos.*<sup>1866</sup>

---

*veículo que vinha em sentido contrário. Aliás, em relação ao veículo que vinha em sentido contrário ao do denunciado, os peritos afirmaram que "os dados técnicos necessários para o referido cálculo de velocidade são insuficientes, uma vez que não foram observadas no local marcas de frenagem do veículo e nenhum vestígio que possibilitasse tal estimativa. Assim sendo, a ausência de tais elementos técnicos impossibilita o emprego dos métodos usualmente utilizados para cálculos de velocidade de veículos envolvidos em acidentes de trânsito. (...) No cálculo utilizado, o coeficiente de atrito do asfalto foi definido de acordo com as condições climáticas e da pista, sem considerar, no entanto, que o requerido (cf. consta do croqui) percorreu um trecho no acostamento, que, por óbvio, não possui a mesma aderência. Outro fator de questionamento reside no fato de que os experts presumiram que a massa dos veículos envolvidos no acidente é a mesma. Ora, não há nada que confirme tal afirmação! Seguiu-se, então, uma imprecisa "conclusão" no sentido de que "Aplicando os valores nas fórmulas apresentadas, obtém-se que a velocidade mínima de que estaria dotado o veículo marca Honda, modelo Civic EXL, com placas de licenciamento GJA-7000 (PR - Ponta Grossa), ao iniciar as marcas de derrapagem, não era inferior a 90 Km/h (noventa quilômetros por hora). O método utilizado nos leva a uma velocidade mínima. Ignoraram-se outras perdas de energia, que não foram tecnicamente possíveis de mensurar, tais como a perda de velocidade antes da frenagem e a perda de velocidade em função do impacto com o outro veículo. Assim sendo, a margem de erro para cima não é tecnicamente possível de determinar. Ou seja, de acordo com os peritos a velocidade do veículo conduzido pelo denunciado não era inferior a 90 Km/h, mas também se atestou que era superior, de modo que o laudo pericial é, em verdade, inconclusivo. Nessas condições, não é preciso ser doutor em Física, apenas utilizar as regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, para se concluir que o laudo pericial de fls. 218/220 não se presta a comprovar o sustentado excesso de velocidade descrito na denúncia. (...).*

<sup>1866</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Quinta Turma. *Habeas Corpus* 269084, Relator Ministro Felix Fischer, julgado em 16 de dezembro de 2014, publicado em 02 de fevereiro de 2015. Disponível em

Vê-se do trecho acima destacado como é fácil desconsiderar provas, isto é, sequer valorá-las, à luz da ideia de livre apreciação da prova. Portanto, o que se tem presente é que tal preceito tem “autorizado” vários magistrados a sequer analisar e valorar determinadas provas, pois, quando se tem um “princípio” que diz aos juízes, nas entrelinhas, algo como “você é livre, então fique à vontade para valorar apenas o que lhe servir para formar seu livre convencimento”, o contraditório e a ampla defesa ficam em segundo plano.

O problema dessa comunicação de liberdade valorativa dos magistrados e de seu livre convencimento “motivado”, aparece, igualmente, nas inúmeras decisões que se conduzem na linha de uma falsa fundamentação que se embasa na “consagrada” ideia de que, “se sou livre, decido conforme a minha consciência”, tão bem denunciada por Lenio Streck<sup>1867</sup>.

O drama cotidiano que esse “princípio” provoca às partes quando acessam o resultado dos julgamentos, vem bem evidenciado pelo que se produz em sede de embargos de declaração, recurso cabível, como se sabe, quando a decisão é obscura, ambígua, contraditória ou omissa (artigos 382<sup>1868</sup> e 619<sup>1869</sup>, do Código de Processo Penal brasileiro). Aliás, a própria admissibilidade de um recurso desta natureza que visa, em última análise, “salvar” uma decisão nula, desmotivada, já seria motivo para se repensar a manutenção de um “princípio” da livre apreciação da prova, como também vem alertando Lenio Streck<sup>1870</sup>. Seja como for, as consagradas saídas argumentativas esposadas por diversos magistrados nos julgamentos dos embargos de declaração, quando são indagados a respeito de suas omissões e obscuridades, são sintomáticas e revelam como as ideias de “livre apreciação da prova”/“livre convencimento do juiz”/“persuasão racional”/“livre convencimento motivado” premiam uma postura

---

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=%22livre+aprecia%E7%E3o+da+prova%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22livre+aprecia%E7%E3o+da+prova%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO), acesso em 09 de março de 2015.

<sup>1867</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto? – Decido Conforme a Minha Consciência?** Ob. cit.

<sup>1868</sup> Art. 382. *Qualquer das partes poderá, no prazo de 2 (dois) dias, pedir ao juiz que declare a sentença, sempre que nela houver obscuridade, ambigüidade, contradição ou omissão.*

<sup>1869</sup> Art. 619. *Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão.*

<sup>1870</sup> STRECK, Lenio Luiz. Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios. In: **Consultor Jurídico - Conjur**. Ob. cit..

decisionista. Com efeito, uma rápida pesquisa nas páginas oficiais de jurisprudência dos Tribunais brasileiros permite encontrar milhares de julgados de embargos de declaração que se saem com as “fundamentações-padrão” no sentido de que o “magistrado não é obrigado a analisar todas as teses das partes, pois goza de livre convencimento”. A título ilustrativo, vale referir as seguintes decisões extraídas de julgados do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente dos anos de 2014 e 2015:

*O magistrado não é obrigado a refutar ou analisar, ponto por ponto, as alegações feitas pela defesa ou acusação, bastando-lhe, contudo, que decida fundamentadamente, ainda que isso não importe no exame de tudo que foi dito pelas partes. O que realmente tem relevância é que a decisão contenha coerência, fundamento e suporte jurídico, dentro de todo o contexto fático-probatório trazido pelas partes ao processo, o que ocorreu na espécie.*<sup>1871</sup>

*O magistrado não é obrigado a responder a todas as teses apresentadas pelas partes para fielmente cumprir seu encargo constitucional de prestar a jurisdição, mas, tão-somente, decidir fundamentadamente as questões postas sob seu julgamento.*<sup>1872</sup>

Aliás, em rápida visita à página oficial do Superior Tribunal de Justiça na *internet*, pesquisando apenas julgados disponíveis da Quinta e Sexta Turmas, e da Terceira Seção (que são as únicas a terem competência criminal), restringindo a pesquisa ao período de dez anos (2004 a 2014), referindo os verbetes entre aspas “não é obrigado a se manifestar”, encontra-se 54 (cinquenta e quatro) julgados com o mesmo tipo de “fundamentação-padrão”, nos moldes dos trechos acima destacados.

Como se vê, essas ideias de liberdade de apreciação da prova e do livre convencimento do juiz têm se revelado como facilitadoras de arbítrios e decisionismos.

<sup>1871</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. AgRg no Resp 1260769/SP, julgado em 25 de fevereiro de 2014, publicado em 12 de março de 2014. Disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=%28%22n%E3o+%E9+obrigado%22%29+E+%28%22Quinta+Turma%22+OU+%22Sexta+Turma%22+OU+%22Terceira+Secao%22%29.org.&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22n%E3o+%E9+obrigado%22%29+E+%28%22Quinta+Turma%22+OU+%22Sexta+Turma%22+OU+%22Terceira+Secao%22%29.org.&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11), acesso em 09 de março de 2015.

<sup>1872</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Quinta Turma. Relator Ministro Jorge Mussi. AgRg no Ag 1238071/PE, julgado em 03 de fevereiro de 2015, publicado em 12 de fevereiro de 2015. Disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=%28%22n%E3o+%E9+obrigado%22%29+E+%28%22Quinta+Turma%22+OU+%22Sexta+Turma%22+OU+%22Terceira+Secao%22%29.org.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22n%E3o+%E9+obrigado%22%29+E+%28%22Quinta+Turma%22+OU+%22Sexta+Turma%22+OU+%22Terceira+Secao%22%29.org.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO), acesso em 09 de março de 2013.



Portanto, não é preciso muito esforço para compreender que essas “tradições” (no sentido hermenêutico) premiam a possibilidade do juiz atuar discricionariamente, decidindo qual prova deve ser avaliada, qual não deve, qual é melhor que a outra, suficiente ou não, sem levar em conta os constrangimentos do contraditório e da ampla defesa que permitiriam o afastamento dos pré-conceitos.

Nem mesmo a pretensa solução que a doutrina encontrou, de vincular essa liberdade de apreciação da prova e do convencimento do juiz com outro “princípio” complementar, denominado de “persuasão racional”, foi suficiente para evitar o decisionismo. A ideia passou a ser de que o juiz deve convencer, racionalmente, quem for o destinatário de sua decisão, fazendo-o na fundamentação da sentença, explicando porque selecionou esta e não aquela prova e por que a considerou como suficiente para formar seu “livre convencimento”. A doutrina acredita que é suficiente controlar o juiz apenas pela fundamentação. Porém, ainda que a fundamentação seja um importante mecanismo de controle da jurisdição, uma garantia do cidadão que visa também minimizar o arbítrio ao permitir ser questionado o desacerto da decisão em grau recursal, não é demais considerar que ela, se manipulada retoricamente, pode se revelar insuficiente para evitar decisionismos. Soma-se ao quadro, o quanto acima destacado nos julgamentos dos embargos de declaração.

Com efeito, conforme já referido noutras passagens acima, Nilo Bairros de Brum deixa bem claro como o juiz, se quiser, consegue “anular” esse “controle” mediante o domínio da retórica, construindo “efeitos de verossimilhança fática” na fundamentação das decisões, os quais são capazes de imunizar as críticas à sua decisão, por mais absurda e dissociada do conjunto probatório e das pré-compreensões que o envolvem<sup>1873</sup>.

---

<sup>1873</sup> No mesmo sentido: WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito. Volume I. Interpretação da Lei. Temas para uma Reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 47, verbis: *Quando um juiz entende que um conjunto de fatos configura uma situação normativa típica, alega sua comprovação empírica valorando os mesmos e argumentando sobre a possibilidade de valorá-los de outra forma. Retoricamente, pois, para solucionar um problema ideológico, apelando à coisificação de seu juízo de valor, apresenta o juiz suas valorações como dados susceptíveis de uma apreciação empírica. Neste jogo, os fatos adquirem as propriedades descritivas convencionadas para os termos técnicos a que se recorre para interpretá-los, configurando um velado processo redefinitório.*

A questão não passou despercebida na reforma do novo Código de Processo Civil brasileiro que veio à lume em 2015. Aprovou-se no Congresso Nacional, o seguinte texto no art. 489, §1º, alusivo à necessidade de fundamentação das decisões:

*Art. 489. São elementos essenciais da sentença:*

*(...)*

*§1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que:*

*I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;*

*II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;*

*III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;*

*IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão esposada pelo julgador.*

*V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;*

*VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*<sup>1874</sup>

O texto acima reproduzido representa importante ganho de qualidade no controle das fundamentações das decisões judiciais. De se lamentar, no entanto, que a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) tenham gestionado junto à Presidência da República no sentido de vetar tal dispositivo, ainda que o tenham feito sob o argumento “retórico” (e aqui, portanto, autoexplicativo do problema) de evitar “morosidade”<sup>1875</sup>.

<sup>1874</sup> BRASIL. **Senado Federal. Redação Final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8046, de 2010, naquela Casa)**. Disponível em <https://docs.google.com/file/d/0B9-ftlQefCN8WIJ3TU5mLVU3R28/view?pli=1>, acesso em 09 de março de 2015.

<sup>1875</sup> VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Novo CPC - Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. In: **Consultor Jurídico – Conjur**. 04 de março de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>, acesso em 09 de março de 2015.

Não que o simples expurgo do texto do novo Código de Processo Civil tenha o condão de eliminar a ideia ou a forma de alguns juízes se comportarem em relação à valoração da prova e apreciação das teses das partes. Como já se disse, mesmo que não esteja na lei o juiz poderá continuar adotando a mesma premissa de liberdade valorativa<sup>1876</sup>. A questão é que, ao menos não terá o amparo legal para se escudar sem mais refletir e a regra não estará mais comunicando, expressamente, que o juiz é livre para decidir como quiser. Ademais, à luz de uma efetiva mudança de comportamento, terá papel fundamental a doutrina a jurisprudência, tudo visando minimizar a possibilidade de nada mudar efetivamente, como já alertou, com precisão, Jacinto Coutinho: “mudam as leis mas elas dizem pouco se não muda a mentalidade dos intérpretes”<sup>1877</sup>.

O Projeto do Novo Código de Processo Penal mantém o livre convencimento no texto proposto, pouco se afastando do caminho trilhado na legislação hoje vigente. Segue a proposta de redação que está no Projeto de Lei 156/2009:

*Art. 168. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.*<sup>1878</sup>

Este texto sugerido a partir das discussões da douta Comissão de Notáveis na elaboração do Anteprojeto do novo Código de Processo Penal e mantido no Projeto de Lei acima referido, poderia, seguindo a trilha do novo Código de Processo Civil, sofrer um pequeno ajuste de redação para minimizar o efeito comunicante da ideia de liberdade valorativa ao juiz. Retirada a palavra “livremente” e mantido o restante da

<sup>1876</sup> Vide texto de STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCP. In: **Consultor Jurídico – ConJur**. 19 de março de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>, acesso em 14 de maio de 2015. Do texto, extrai-se a seguinte passagem ilustrativa da reação de parte da magistratura ao expurgo do princípio do livre convencimento no novo Código de Processo Civil: Na **ConJur**, quando falei disso no final de 2014, um dos comentários que mais me impressionou foi o do juiz Mauricio Botelho. Disse ele, querendo ser sarcástico e/ou irônico: ‘1 - Acabou o princípio do livre convencimento do Juiz???? Como tenho tempo para me aposentar vou pendurar as chuteiras e vou morar nos Estados Unidos. Não quero viver num país em que Juízes não sejam livres para aplicar a lei segundo sua consciência;(...)’

<sup>1877</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Princípios. Ob. cit.

<sup>1878</sup> BRASIL. **Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009**. Ob. cit.

escrita indicada ao novel artigo 168, já se teria um avanço importante para procurar mudar a cultura interpretativa deste princípio. O texto, então, poderia ser assim redigido:

*Art. 168. O juiz formará o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.*

Visto que o “livre convencimento” lido como equivalente à “decidir conforme minha consciência” fala mais forte em boa parte da magistratura brasileira no sentido de lhe comunicar uma liberdade exacerbada na valoração probatória, a retirada da expressão “livremente” do texto de lei, pode contribuir para uma postura diversa na matéria. E é por conta disso que é possível dizer hermeneuticamente, com Gadamer, que o princípio do livre convencimento ou da livre apreciação da prova se trata, nessa linha, de uma “tradição inautêntica”, pois refere a um aspecto com aparência de garantia, quando, em verdade, provoca justamente o efeito inverso, facilitando o decisionismo e o arbítrio judicial. Assim, seguindo o pensamento de Gadamer, é possível reavaliar a história efetual desta tradição hermenêutica, permitindo-se retirá-la “do lusco-fusco em que se encontra entre tradição e historiografia para o claro e aberto de seu real significado”<sup>1879</sup>.

### **Seção III – A tradição inautêntica de que o “juiz inerte é garantista” e o teste empírico desmitificador de Bernd Schünemann.**

*Quanto à questão atinente à reforma processual, é de se afirmar que a figura do juiz que apresenta os melhores resultados no processamento de dados é justamente uma que não é típica nem do modelo processual americano, nem do alemão, a saber: o juiz sem conhecimento dos autos, mas dotado de direitos próprios de inquirição.*

---

<sup>1879</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 397.

(BERND SCHÜNEMANN)<sup>1880</sup>

Trabalhando no âmbito da Psicologia Cognitiva é importante a pesquisa empírica realizada por Bernd Schünemann com juízes e promotores voluntários alemães, na qual ele demonstrou como o contato com o conjunto de dados coletados no inquérito policial pode contribuir para um maior índice de condenação em razão dos chamados “efeitos perseverança e aliança”<sup>1881</sup>.

Schünemann realizou uma pesquisa levando em conta o quanto sucede no processo penal alemão, no qual o juiz tem contato com a investigação e ainda é o protagonista da produção probatória, com as partes atuando apenas supletivamente na fase processual<sup>1882</sup> (em moldes similares ao quanto se tinha no processo penal brasileiro antes da reforma do art. 212 em 2008). E fez essa pesquisa traçando uma comparação com o “juiz norte-americano”, que não possui postura ativa na produção da prova. A pesquisa toma como base a teoria da “dissonância cognitiva” de “Festinger, na versão de Irlle”, segundo a qual “toda pessoa procura um equilíbrio em seu sistema cognitivo, isto é, uma relação não contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões”. Assim, explica Schünemann, “no caso de uma dissonância cognitiva, surge para o sujeito um motivo no sentido de reduzi-la e de restaurar a consonância, isto é, de fazer desaparecer as contradições”. E desta situação toda, decorre tanto o chamado “efeito inércia ou perseverança” quanto o “princípio da busca seletiva de informações”. Nas palavras de Schünemann:

*por um lado, segundo o chamado “efeito inércia ou perseverança” (mecanismo de auto-confirmação de hipóteses), as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas. Por outro lado, segundo o “princípio da busca seletiva de informações”, procuram-se, predominantemente, informações que*

<sup>1880</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Penal? Uma Confirmação Empírica dos Efeitos Perseverança e Aliança. Ob. cit., p. 217.

<sup>1881</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Penal? Uma Confirmação Empírica dos Efeitos Perseverança e Aliança. In: **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Luís Greco (Coordenador e tradutor), Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 205-221.

<sup>1882</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Penal? Uma Confirmação Empírica dos Efeitos Perseverança e Aliança. Ob. cit., p. 206.

*confirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita (“acolhida pelo ego”), tratem-se elas de informações consoantes, ou de informações dissonantes, desde que, contudo, sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador.*<sup>1883</sup>

Essa teoria foi, então, aplicada ao papel do juiz na audiência criminal, segundo algumas variantes consideradas pelas hipóteses selecionadas por Schünemann a partir dos modelos de juiz alemão e norte-americano. Tomou-se, então, “como “variáveis independentes” o “conhecimento dos autos” (existente/inexistente) e os “direitos de inquirição na audiência” (possibilidade de inquirir testemunhas: sim/não)”<sup>1884</sup>. E, explica Schünemann, “o “material de estímulo” foi um processo criminal real pelo crime de favorecimento a fuga de preso (*Gefangenenbefreiung*, §120 StGB). Tratava-se de um processo que estava absolutamente em aberto, no qual era possível – segundo Schünemann – “sem erro técnico, tanto absolver, quanto condenar”<sup>1885</sup>. Participaram da pesquisa 58 (cinquenta e oito) juízes criminais e promotores de diversas regiões da Alemanha.

O mais relevante para a presente tese é que nessa pesquisa, não obstante Schünemann estivesse mais preocupado com a influência de contaminação dos autos de investigação com o atuar do juiz na instrução processual, também se encontra o resultado empírico a demonstrar que os juízes que tinham a possibilidade de inquirir testemunhas em audiência condenaram menos que aqueles que não podiam formular perguntas às testemunhas. Conjugando as variáveis: “apenas audiência de instrução e julgamento” (portanto, sem acesso aos autos de investigação) e “existência de possibilidade de inquirir testemunhas” em comparação com as variáveis em sentido contrário, foram significativas as diferenças de resultado, com os juízes absolvendo mais naquelas ocasiões nas quais puderam inquirir as testemunhas. Nas palavras de Schünemann:

<sup>1883</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Penal? Uma Confirmação Empírica dos Efeitos Perseverança e Aliança. Ob. cit., p. 208.

<sup>1884</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Penal? Uma Confirmação Empírica dos Efeitos Perseverança e Aliança. Ob. cit., p. 209.

<sup>1885</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Penal? Uma Confirmação Empírica dos Efeitos Perseverança e Aliança. Ob. cit., p. 209.

*Ainda que se deixem de lado outros resultados, como a avaliação visivelmente mais crítica dos promotores e a ainda mais intensa distorção das sentenças dos juízes sem possibilidade de inquirição, pode-se considerar confirmada a primeira hipótese: o conhecimento dos autos da investigação preliminar tendencialmente incriminadores leva o juiz a condenar o acusado, ainda que a audiência seja ambivalente, o que sugeriria uma absolvição.*<sup>1886</sup>

E mais adiante o mesmo Schünemann conclui qual seria, então, a melhor opção para uma reforma do processo penal alemão na questão do papel do juiz em relação à prova. Repete-se, aqui, a síntese de Schünemann destacada no início desta Seção:

*Quanto à questão atinente à reforma processual, é de se afirmar que a figura do juiz que apresenta os melhores resultados no processamento de dados é justamente uma que não é típica nem do modelo processual americano, nem do alemão, a saber: o juiz sem conhecimento dos autos, mas dotado de direitos próprios de inquirição.*<sup>1887</sup>

Estes resultados da pesquisa empírica de Schünemann, portanto, e ainda que se leve em conta que estão voltados para um juiz formado numa cultura alemã, desmitificam a ideia de que o juiz inerte julgaria de forma mais “garantista”. Claro que a ideia de “garantismo” não tem nenhum necessário compromisso com a absolvição, mas alguns autores modernos de processo penal têm trabalhado com essa visão, isto é, de que o juiz deveria ingressar no processo comprometido com a absolvição do acusado, como refere, por exemplo Salah H. Khaled Jr.<sup>1888</sup>. Assim, os resultados da pesquisa

<sup>1886</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Penal? Uma Confirmação Empírica dos Efeitos Perseverança e Aliança. Ob. cit., p. 211.

<sup>1887</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Penal? Uma Confirmação Empírica dos Efeitos Perseverança e Aliança. Ob. cit., p. 217.

<sup>1888</sup> KHALED JR., Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial**. Ob. cit., p. 536, verbis: *Como aponta Lopes Jr., “além da independência, só um juiz consciente de seu papel de garantidor e que, acima de tudo, tenha dúvida como hábito profissional e como estilo intelectual, é merecedor do poder que lhe é conferido”. O juiz deve partir de uma premissa básica: ele deve entrar no processo predisposto a absolver e, caso venha a ficar em dúvida, é obrigado absolver. Trata-se de uma exigência inafastável de um processo penal fundado na presunção de inocência em oposição aos excessos persecutórios de um processo fundado no conceito de inimigo e na ambição de verdade.* Ao que parece, Salah Khaled Jr. segue a linha de compreensão do papel do juiz dada por Amilton Bueno de Carvalho, referida, ao menos, em dois trabalhos do autor: CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo em Movimento**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 27 e ss. e CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os Juízes Criminais, Vistos por Nós, os Juízes Criminais**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 09, verbis: *é dever constitucional do juiz ingressar no feito convencido da inocência do acusado: é um pré-juízo constitucional.* E, mais adiante, na página 21, o autor esclarece seu modo de pensar o Estado, isto é, apenas sob o prisma da contenção (e até mesmo

afastam, igualmente, o mito de que se é certo dizer que “quem procura, procura algo”, isso não significa dizer que essa procura seria necessariamente no intuito de buscar elementos que lhe permitam condenar, como vem sendo sustentado por alguns doutrinadores<sup>1889</sup>. A “procura”, como se viu da experiência de Schünemann, serve muito mais para absolver do que para condenar. E, mesmo que se possa querer dizer que os juízes brasileiros estão inseridos noutra cultura, ainda assim, não há como inferir e concluir de maneira até mesmo reducionista, que eles, seres humanos que são, estejam sempre a procura de algo negativo.

Por fim, outro mito que necessita ser revisitado diz respeito à máxima *in dubio pro reo*, como proposta de “solução” que encaminharia o juiz inerte e em dúvida invariavelmente para a decisão absolutória, como se passa a expor.

#### **Seção IV – A tradição inautêntica do *in dubio pro reo* como “solução” para as dúvidas do juiz inerte.**

*É melhor que um crime fique impune do que um inocente seja condenado.*

(ULPIANO, 99 a 117 d.C.)<sup>1890</sup>

*É melhor arriscar de salvar um culpado do que condenar um inocente.*

---

eliminação) do poder: ...o direito é sistema de garantias visando à proteção do cidadão contra o poder que tende inexoravelmente ao abuso. Vou um pouco mais longe – sinto-me muito próximo dos anarquistas, o que me leva, em consequência, a chegar perto do abolicionismo. Não consigo vislumbrar o bom poder: ele é puro abuso.

<sup>1889</sup> V.g. na linha sustentada por LOPES JR., Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz.** In: Consultor Jurídico - CONJUR, 11 de julho de 2014, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>, acesso em 10 de novembro de 2014. Vale o registro de que PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Penais.** Ob. cit., p. 158, não chega a vincular essa “procura” a algo que necessariamente venha em prejuízo do réu, mas revela sua preocupação quanto à imparcialidade. Diz Geraldo Prado: “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”.

<sup>1890</sup> MOMMSEN, Theodor. **Corpus Iuris Civilis. Volumen Primum. Institutiones. Digesta.** Berlim: Weidmannos, 1889, *Liber Quadragesimus Octavus, XVIII, De poenis. ULPIANUS libro septimo de officio proconsulis*, 5, p. 813. Disponível em <https://archive.org/stream/corpusjuriscivil01krueuoft#page/n5/mode/2up>, acesso em 14 de maio de 2015. A frase é referida por Ulpiano, que a atribui a Traianus Adsilio Severo. Tradução nossa. No original, em latim: *Satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.*



(VOLTAIRE – 1746-1767)<sup>1891</sup>

*É melhor que cinco pessoas culpadas escapem da punição do que uma pessoa inocente deva morrer.*

(SIR MATHEW HALE – 1716)<sup>1892</sup>

*Pelo que a lei prevê, é melhor que dez pessoas culpadas escapem, do que um inocente sofra.*

(WILLIAM BLACKSTONE, 1769)<sup>1893</sup>

*Devo preferir, sem dúvida, que vinte pessoas culpadas se livrem da pena de morte por misericórdia do que um inocente seja injustamente condenado.*

(JOHN FORTESCUE – 1471:65)<sup>1894</sup>

*É melhor que cem pessoas culpadas se livrem do que uma pessoa inocente sofra.*

(BENJAMIN FRANKLIN – 1785:13)<sup>1895</sup>

*É melhor... absolver mil pessoas culpadas do que condenar a morte um único inocente.*

(MOSES MAIMONIDES, século XII: 270)<sup>1896</sup>

<sup>1891</sup> VOLTAIRE, François Marie Arouet. **Zadig ou La Destinée. Histoire Orientale. 1747. Chapitre VI, Le Ministre.** Blackmask Online, 2002, disponível em [http://www.ebooksgratuits.com/blackmask/voltaire\\_zadig.pdf](http://www.ebooksgratuits.com/blackmask/voltaire_zadig.pdf), acesso em 31 de maio de 2015, p. 11. Tradução nossa. No original, em francês: *Il vaut mieux hasarder de sauver un coupable que de condamner un innocent.*

<sup>1892</sup> HALE, Sir Mathew. **Historia Placitorum Coronae. History of the Pleas of the Crown.** Volume II. Philadelphia: Robert H. Small, 1847, p. 288. Tradução nossa. No original, em inglês: *it is better five guilty persons should escape unpunished, than one innocent person should die.* Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=gB4eAAAAMAAJ&printsec=frontcover&dq=History+of+the+pleas+of+the+crown&hl=pt-BR&sa=X&ei=QWcHVIfoA83FggTvqICwDQ&ved=0CCgQ6AEwAQ#v=snippet&q=in%20some%20cases%20presumptive&f=false>, acesso em 03 de setembro de 2014.

<sup>1893</sup> BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England.** Livro IV, Oxford, 1769, p. 352. Tradução nossa. No original, em inglês: *For the law holds, that it is better than ten guilty persons escape, than that one innocent party suffer.*

<sup>1894</sup> Citação extraída de LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica.** Tradução do inglês para o espanhol de Carmen Vázquez e Edgar Aguilera, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 103.

<sup>1895</sup> Citação extraída de LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica.** Tradução do inglês para o espanhol de Carmen Vázquez e Edgar Aguilera, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 103.

Em parte da doutrina moderna de processo penal, vinculada ainda à dicotomia dos sistemas “puros”, alguns autores vêm sustentando que haveria uma lógica “garantista”<sup>1897</sup> na inércia judicial e na falta de provas para compreender o caso penal que resultaria inevitavelmente na absolvição do acusado: acreditam que o juiz inerte em dúvida sempre absolverá e que isso seria “garantido” pelo princípio da presunção de inocência e seu consequente *in dubio pro reo*. Nesse sentido, refere-se, por todos<sup>1898</sup>, a seguinte passagem da obra de Salah H. Khaled Jr.:

*Diferentemente, se o juiz em questão assumir um horizonte compreensivo ciente da imparcialidade que lhe cabe no sistema acusatório, necessariamente decidirá pela improcedência da acusação por falta de provas que corroborem a hipótese acusatória, pois não há necessidade de satisfação de qualquer ambição de verdade para absolver, e a dúvida já basta para que ela se imponha, em função do in dubio pro reo. Não vemos como a concessão de poderes instrutórios ao juiz para “buscar a verdade” possa ter qualquer finalidade que não o favorecimento da incidência do poder punitivo, uma vez que a suposta dúvida que autoriza a sua intervenção deveria conduzir a uma exigência de absolvição, condizente com o critério de democraticidade que deve guiar o processo.*<sup>1899</sup>

<sup>1896</sup> Citação extraída de LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica**. Tradução do inglês para o espanhol de Carmen Vázquez e Edgar Aguilera, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 103.

<sup>1897</sup> A impressão que passam é que o raciocínio que esposam seria como a vincular a ideia de “garantismo” a uma postura que premiasse apenas a absolvição ou algo como a enxergar o Estado sempre como uma espécie de vilão, um Leviatã.

<sup>1898</sup> Destaca-se, na doutrina estrangeira e no mesmo sentido, a obra de GUZMÁN, Nicolás. **La Verdad en el proceso penal. Una Contribución a la Epistemología Jurídica**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 183: *El juez no necesita conocer la verdad de lo acontecido y mucho menos debe buscarla, puesto que cuando no llega a conocerla cuenta con los criterios jurídicos de decisión (el principio de inocencia y el in dubio pro reo) que le dan las armas necesarias para decidir*. Na doutrina nacional, Salah H. Khaled Jr. segue o quanto pregado por LOPES JR., Aury. Teoria da Dissonância Cognitiva Ajuda a Compreender a Imparcialidade do Juiz. Ob. cit.. Existem outros importantes autores a sustentar nessa mesma linha, v.g., CHOUKR, Fauzi Hassan. Modelos Processuais Penais: apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória. In: **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Ob. cit., p. 194; e HARTMANN, Helen. Alguns Apontamentos Sobre o Projeto de Lei 156/2009 e o Interrogatório do Acusado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, pp. 77-89, p. 81; AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 465.

<sup>1899</sup> KHALED JR., Salah H. Ob. cit., pp. 186-187.

Vale destacar, do trecho acima transcrito, que o autor refere não enxergar “qualquer finalidade” que não seja “o favorecimento da incidência do poder punitivo” na atividade probatória do juiz quando ele estiver em dúvida. O discurso pode parecer sedutor, notadamente se lido apressadamente e com a vinculação prévia nas crenças reducionistas da dicotomia dos sistemas com suas pretensões de pureza e da “bondade” humana. Olvida-se, no entanto, uma série de coisas.

Já de início, não se leva em conta o alerta que Wittgenstein deixou em seus textos *post mortem* reunidos sob o título “Da Certeza”. Repete-se, pela importância, a síntese de Wittgenstein já citada acima:

*Porém digo: “Aqui, nenhuma pessoa razoável duvidaria” – Pode-se imaginar que juízes instruídos fossem questionados sobre se uma dúvida seria razoável ou despropositada? Há casos em que a dúvida é despropositada, mas há casos em que ela parece ser logicamente impossível. E entre eles não parece haver uma fronteira precisa.*<sup>1900</sup>

Na mesma linha de Wittgenstein, Paolo Ferrua e Barbara Lavarini alertam que este “ideal de uma prova rigorosamente indubitável somente se realiza nas ciências formais, nas quais se trata de desenvolver logicamente certos axiomas e a prova se explica através da demonstração matemática”<sup>1901</sup>.

Olvida-se, igualmente, o quanto, na mesma trilha de compreensão, Bertrand Russell também questionou: “Existe no mundo algum conhecimento tão certo que nenhum homem razoável possa dele duvidar?” E ele mesmo alertou para se evitar uma resposta apressada: “Esta questão, que à primeira vista poderia não parecer difícil, é, na realidade, uma das mais difíceis que podemos fazer”<sup>1902</sup>.

Ou seja: assim como não há como se ter um “conhecimento tão certo que nenhum homem razoável possa dele duvidar”, não há como estabelecer fronteiras entre juízos de valor de valores individuais em relação a um conjunto probatório.

<sup>1900</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da Certeza**. Ob. cit., pp. 275 e 277.

<sup>1901</sup> FERRUA, Paolo; LAVARINI, Barbara. **Diritto Processuale Penale. Appunti per gli studenti di Psicologia**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 75. Tradução nossa. No original, em italiano: *Ma questo ideale di una prova rigorosamente indubitabile può realizzarsi solo nelle scienze formali dove si tratta di sviluppare logicamente certe assiomi e la prova si esplica attraverso la dimostrazione matematica*.

<sup>1902</sup> RUSSELL, Bertrand. **Os Problemas da Filosofia**. Tradução de Jaimir Conte, Florianópolis: UFSC, 2005, p. 07.

Mas, sobretudo, neste ponto a parcela da doutrina moderna que trabalha nessa linha parece olvidar que a solução apresentada para justificar a inércia do juiz é fundada no mito orestéico-cristão do *in dubio pro reo*.

Como se viu na passagem da Orestéia de Esquilo referida na Segunda Parte deste trabalho, o mito do *in dubio pro reo* foi construído na tragédia grega pela vontade da deusa Atena que resolveu absolver Orestes quando o resultado da votação de um colegiado em número par de jurados deu empate. Não se perca de vista que essa absolvição é pautada na vontade de uma deusa, de um ser mitológico e, portanto, não humano e decorre do resultado matemático do empate de votos colhidos dos jurados. À luz das condições traçadas na tragédia grega (empate matemático somado a uma postura divina que nunca erra justamente porque é deus), pode-se considerar que, aos olhos de hoje, ela também se revela algo como um mito, uma crença que o ser humano, que o juiz ser-no-mundo, em dúvida, sempre absolverá. Com isso não se quer desfazer o valor do *in dubio pro reo* na formação de um processo orientado pela proibição de excesso, ou mesmo afirmar que os gregos não acreditassem na ideia dos mitos, até porque, como refere Paul Veyne, os gregos de fato neles acreditavam, fossem eles verdadeiros, verossímeis ou inverossímeis, o fato é que consideravam os mitos como fruto de uma espécie de verdade decorrente de seu programa cultural<sup>1903</sup>, no qual o mito é “verdadeiro” justamente porque faz parte desse programa cultural. Nas palavras de Paul Veyne:

*Mitos verdadeiros, verossímeis, inverossímeis; na história só se admitem os primeiros, mas os segundos são admitidos como cultura geral: pode-se tomar os temas das tragédias e citá-los como exempla retóricos, tal como os psicólogos e filósofos modernos invocam exemplos tirados dos romanos; estes ‘exempla’, dizem Quintiliano e Dión, se não são acreditados, pelo menos são aceitos como argumentos.*<sup>1904</sup>

Enfim, Paul Veyne considera, com essas observações, que ele não quer dizer “de forma alguma que a imaginação anunciaria as futuras verdades e que deveria estar

<sup>1903</sup> VEYNE, Paul. **Acreditavam os Gregos em Seus Mitos? Ensaio Sobre a Imaginação Constituinte**. Tradução de Horácio González e Milton Meira Nascimento, São Paulo: Editora Brasiliense, 1984, pp. 27, 58, 85-86, 129-130, e 133.

<sup>1904</sup> VEYNE, Paul. **Acreditavam os Gregos em Seus Mitos? Ensaio Sobre a Imaginação Constituinte**. Ob. cit., p. 86.

no poder, mas que as verdades já são imaginações e que a imaginação está no poder desde sempre; ela e não a realidade, a razão ou o longo trabalho do negativo”<sup>1905</sup>. Ou seja: o mito está desde sempre visto como verdade ou, quando muito, “são aceitos como argumentos”.

Do mito grego oresteico a questão da dúvida como critério de absolvição encontrou eco em Ulpiano<sup>1906</sup> e, nos moldes do *non liquet*, foi implicitamente admitido nas Institutas de Gaio, na máxima “a condição do réu deve ser favorecida em relação à do autor”, incorporada no Digesto de Justiniano (50.17.125). De Dominicus, por sua vez, explicita que não há referência expressa ao *in dubio pro reo* no *Corpus Iuris Civilis*<sup>1907</sup>. Posteriormente, já no século XIII, vai aparecer também nas *Siete Partidas* de Alfonso X, conforme já visto acima, quando em dúvida, e sendo o acusado um “homem de boa fama”, o juiz deveria soltá-lo, prevalecendo a presunção de inocência<sup>1908</sup>.

Foi, porém, nas estruturas processuais dos jurados cristãos e anglo-saxões da Idade Média que a ideia se consolidou – ainda que o *standard* de optar pela condenação somente quando se atingir um juízo valorativo para além de uma dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*) não estivesse bem formulado no plano teórico até o século XIX, quando então passou a ser incorporado como princípio norteador do processo penal norte-americano<sup>1909</sup>. Porém, essa nova fórmula da dúvida ao longo da Idade Média, na Inglaterra, designava-se a dar conforto espiritual aos ansiosos – e tementes a Deus – jurados cristãos. Como se sabe, a moral teológica cristã prega o perdão ao próximo, o “dai-a-outra-face”, o “perdoai-nos assim como nós perdoamos a quem nos tem ofendido”, como vem externado na tradicional reza do “Pai-Nosso”. O “Novo Testamento”, em Mateus 7:1, estabelecia essa moral sintetizada no alerta: “não queirais julgar, para que não sejais julgados”<sup>1910</sup>. Ademais, naquela época já era forte a

<sup>1905</sup> VEYNE, Paul. **Acreditavam os Gregos em Seus Mitos? Ensaio Sobre a Imaginação Constituinte**. Ob. cit., p. 10.

<sup>1906</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale**. Roma-Bari: Laterza, 1997, p. 643, nota 12 e p. 92, nota 25.

<sup>1907</sup> DE DOMINICIS, M.A. *Brev. Pauli Sententiarum IV, 12, § 5 e l'Origine Romano-Cristiana del Principio “In Dubiis Pro Reo”*: in tema di riforma dubitativa. In: **Archivio Penale**, XVIII, I, Roma: *Juris Domus*, 1962, pp. 411-417, p. 414, nota 11. Por outro lado, há quem considere ter sido tratado também no *Corpus Iuris Civilis*, como refere NIEVA FENOLL, Jordi. **La Duda en el Proceso Penal**. Ob. cit., p. 65.

<sup>1908</sup> ALFONSO EL SABIO, Rey. Ob. cit..

<sup>1909</sup> LANGBEIN, John. H. *The Criminal Trial before the Lawyers*. In: **The University of Chicago Law Review**. Vol. 45, number 2, winter 1978, pp. 263-316, p. 266.

<sup>1910</sup> **BÍBLIA SAGRADA READER'S DIGEST**. Ob. cit., p. 874.

ideia de que condenar um inocente representava um pecado mortal e a consequente condenação ao inferno do juiz que assim agiu. Ser cristão e jurado por volta do século XVIII na Inglaterra, portanto, representava a grande chance de “construir para você mesmo uma mansão no inferno”<sup>1911</sup>. E como refere James Whitman, há fortes indicativos de que os jurados levavam isso mesmo a sério, como se viu em vários julgamentos ocorridos nos setecentos, particularmente num caso de 1785<sup>1912</sup>. A questão, então, era criar uma fórmula legal capaz de fazer com que os jurados – essencialmente cristãos – se sentissem “capazes”, “confortáveis” espiritualmente em condenar alguém sem se sentirem culpados perante a religião. Procurou-se, assim, proteger a alma dos jurados da “danação eterna”<sup>1913</sup> e essa máxima permanece até hoje como “um fóssil vivo de uma velha moral do mundo”<sup>1914</sup>.

Essa velha moral cristã, no entanto, já não é a mesma, principalmente depois de Nietzsche. No mundo de hoje, como refere Whitman, os julgamentos “não são mais eventos nos quais vizinhos cristãos tomam a difícil decisão moral de “confirmar” acusações contra membros de suas comunidades” e “vive-se numa era de um desconforto moral bem menor”<sup>1915</sup>.

Com efeito, não é preciso muito esforço para compreender que “ser-no-mundo” hoje – que “ser-juiz-no-mundo” hoje – é viver numa sociedade complexa e em grande parte movida pelo consumo. Zygmunt Bauman vem alertando há tempo para o fato de que nesta sociedade global do consumo em que também vive o juiz, o sonho maior de uma boa parte da população é, paradoxalmente, poder retomar comportamentos medievais, isolando-se dos “outros”, dos “estranhos”, encastelados em condomínios fechados e *shoppings centers*, “envoltos por grades, circuitos fechados de televisão e patrulhas de segurança” que se configuram em “equivalentes modernos dos fossos e

---

<sup>1911</sup> WHITMAN, James Q. *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*. New Haven & London: Yale University Press, 2008, p. 04.

<sup>1912</sup> WHITMAN, James Q. *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*. Ob. cit., p. 04 e pp. 192 e ss..

<sup>1913</sup> WHITMAN, James Q. *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*. Ob. cit., p. 03.

<sup>1914</sup> WHITMAN, James Q. *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*. Ob. cit., p. 04.

<sup>1915</sup> WHITMAN, James Q. *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*. Ob. cit., p. 19. Tradução e adaptação nossa. No original, em inglês: *That world is gone. Our trials are no longer events in which Christian neighbors make the morally difficult decision to “confirm” accusations against members of their community. We live in an age of less moral discomfort.*

pontes levadiças”<sup>1916</sup>; circulando em veículos blindados e trabalhando em “edifícios inteligentes”, onde, por mais que seja convidado de honra do proprietário, só se ultrapassa as catracas da segurança depois de constrangedor interrogatório e fichamento pessoal na portaria.

Esse estranho “ideal de vida” decorre, em grande medida, dos “tempos líquidos” de que fala Bauman, do fato que se vive num chamado “medo ambiente violento”, fruto de um modelo de sociedade globalmente consumista, onde as pessoas muitas vezes valem mais pelos bens materiais que possuem do que pelo que efetivamente são; onde os referenciais de valores positivos estão distorcidos, confusos, esquecidos; onde o uso de drogas é cada vez mais generalizado sem que medidas preventivas constantes, universais e concretas sejam levadas a cabo; onde os grandes discursos que moveram o século passado são dados por muitos como mortos; onde os ideais de uma Madre Tereza de Calcutá e de São Francisco de Assis muitas vezes soam apenas como referências utópicas, por vezes distantes, notadamente se confrontados com o noticiário que revela a corrupção vergonhosa de alguns falsos líderes políticos flagrados em sucessivos escândalos nas searas pública e privada. Nesse contexto, como refere Jacinto Coutinho, “a questão está em enfrentar os problemas que apresenta ao Direito essa sociedade de risco, principalmente em um país como o nosso”<sup>1917</sup>.

Num mundo com esse forte perfil consumista, portanto, de uma sociedade de valores multifacetados<sup>1918</sup>, não é mais possível “apostar todas as fichas” nesse *standard* da dúvida nos dias atuais como solução simplista para o caso penal a ser decidido por um “ser-no-mundo-juiz”, o qual, em diversas ocasiões, toma decisões pautadas mais pelo efeito que elas terão sobre os espectadores do que sobre os “jogadores processuais”, para usar a metáfora de Gadamer e, ainda com ele, também compreender que justamente ao se transformar o processo numa “competição de espetáculo” corre-se o “risco de perder seu verdadeiro caráter lúdico como

---

<sup>1916</sup> BAUMAN, Zygmunt. A Sociedade Individualizada: vidas contadas e histórias vividas, tradução de José Gradel, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, pp. 258 e ss..

<sup>1917</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Estrangeiro do Juiz ou o Juiz é o Estrangeiro? In: **Direito e Psicanálise. Interseções a Partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus**. Ob. cit., pp. 69-83, p. 71.

<sup>1918</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. Ob. cit., pp. 102 e ss..

competição”<sup>1919</sup> em contraditório, na qual os valores morais cristãos e o “medo” são outros, construídos em grande medida pela mídia.

Portanto, a realidade de hoje é muito diferente daquele medo de arder no inferno no caso de se condenar um inocente que consolidou o princípio da dúvida, tanto na pré-modernidade, quanto na modernidade (e, para alguns, ainda na “pós-modernidade”) por resistência da influência do sagrado no processo de secularização.

Assim, esse *standard* de somente condenar quando se alcançar um juízo *beyond a reasonable doubt* até serviu de orientação para os jurados medievais, mas não se ajusta ao juiz profissional de agora e, mais do que isso, não explica “por que um juiz resolveu de um modo ou de outro, que é o autenticamente importante”, como refere Jordi Nieva Fenoll<sup>1920</sup>. De fato, ainda que a ideia de que em dúvida o julgador deverá sempre optar pela absolvição seja um discurso importante e que deveria ser levado em conta invariavelmente e, ainda que, dogmaticamente, se tenha a pretensão de criar uma cultura nesse sentido, por vezes ele não passa de um discurso programático que pode ser – e em inúmeras ocasiões é – violado por convicções pessoais do julgador, muitas vezes até mesmo de forma inconsciente. É claro que o juiz não diz na sentença que está em dúvida, mas mesmo assim condena<sup>1921</sup>. Ao contrário, em casos como este, ele costuma se valer das técnicas de retórica que imunizam seu discurso, como já detalhado por Nilo Bairros de Brum em seu *capolavoro*<sup>1922</sup>.

Há também o risco de o juiz de primeiro grau, mesmo em dúvida, querer favorecer ou “dar uma satisfação” à vítima, “jogando” a responsabilidade de uma eventual confirmação ou absolvição ao segundo grau de jurisdição, como alerta Carlo

<sup>1919</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 163.

<sup>1920</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. **La Valoración de la Prueba**. Ob. cit., p. 87. Tradução nossa. No original, em espanhol: *por qué un juez ha resuelto de un modo u outro, que es lo auténticamente importante*.

<sup>1921</sup> Isso sem desconsiderar que também há casos nos quais o juiz não está intimamente em dúvida (ao contrário: tem certeza da culpa), mas acaba absolvendo por não haver prova suficiente a demonstrar sua certeza, como ocorreu no famoso julgamento de O.J. Simpson nos Estados Unidos, no qual uma das juradas do caso, Aschenbach, declarou “estar intimamente convencida da culpabilidade de Simpson, mas que votava pela absolvição porque a lei assim lhe obrigava a agir, porquanto as provas trazidas pela acusação suscitavam muitas dúvidas”. Ainda que essa postura possa ser encontrada em alguns julgadores, a toda evidência, dada a natureza humana, ela não é a regra. Conforme STELLA, Federico; GALAVOTI, Maria Carla. *L’Oltre il Raggionevole Dubbio Come Standard Probatorio: le infondate divagazioni dell’epistemologo Laudan*. In: **Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, 2005, pp. 883-937, p. 914.

<sup>1922</sup> BRUM, Nilo Bairros de. Ob. cit., pp. 72 e ss.



Piergallini analisando o direito italiano e citando Carlo Enrico Paliero<sup>1923</sup> que chega a referir que os juízes de primeiro grau possam agir orientados pelo *in dubio pro culpa*:

*“Um não declarado, porquanto inconfessável, critério do juízo de primeiro grau orientado pelo “in dubio pro culpa”, diante de uma quase absoluta intangibilidade, e sucessiva não-verificabilidade do mérito de pronuncia absolutória” (cf. C.E.PALIERO, A “dúvida razoável”, cit., p. 73). De consequência, à fórmula introduzida com a reforma se atribuiria também a tarefa de enraizar um impulso emocional dos juízes na direção de uma maior proteção das “vítimas” no processo de primeiro grau: na presença de um material probatório mal-compreendido, poliglota, os juízes poderiam cair na tentação de confiar ao Tribunal a responsabilidade de um veredito absolutório, sem prejudicar, imediatamente, os interesses das partes ofendidas..”<sup>1924</sup>*

E isso se dá, como explica Sentís Melendo, também porque “o juiz que diz, em sua sentença, que absolve pela dúvida, pelo benefício da dúvida, que decide a favor do réu, não está em dúvida; está firme e seguro de que não possui provas; de que não tem, ao menos, as suficientes para condenar; e sem provas não se pode condenar”<sup>1925</sup>.

Uma rápida “visita” às sentenças criminais proferidas no Brasil dos dias de hoje, de casos nos quais se discute se o comportamento do agente era de tráfico de drogas ou de uma conduta apenas de porte para uso da droga é suficiente para verificar quão flexível a “razoabilidade da dúvida” pode ser. Se as cinco condutas nucleares do tipo penal do art. 28 da Lei 11.343/06 (porte para uso) são rigorosamente as mesmas encontradas no art. 33 da mesma lei (tráfico de drogas), a única diferença entre as

<sup>1923</sup> PALIERO, Carlo Enrico. *Processo penale: diventa la regola l'inappellabilità dei proscioglimenti - Il “Ragionevole Dubbio” Diventa Criterio*. In: **Guida al Diritto**. Nº 10, Milano: Il Sole 24 Ore, 2006, pp. 73 e ss.

<sup>1924</sup> PIERGALLINI, Carlo. *La Regola dell’“Oltre Ragionevole Dubbio” al Banco di Prova di un Ordinamento di Civil Law*. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffré, 2007, pp.593 -647, p. 594. Tradução nossa. No original, em italiano: “Un non dichiarato, in quanto inconfessabile, criterio di giudizio di primo grado orientato all’in dubio pro culpa, a fronte di una pressoché assoluta intangibilità, e successiva non-verificabilità del merito di pronunce assolutorie” (così, C.E. PALIERO, *Il “ragionevole dubbio”, cit., p. 73*). Di conseguenza, alla formula introdotta con la riforma si assegnerebbe pure il compito di arginare una spinta emotiva dei giudici in direzione di una maggiore protezione delle ‘vittime’ nel processo di primo grado: al cospetto di un materiale probatorio equivoco, poliglotta, i giudici potrebbero cadere nella tentazione di affidare al giudice di appello la responsabilità di un verdetto assolutorio, senza pregiudicare, subito, gli interessi delle parti offese”.

<sup>1925</sup> SENTÍS MELENDO, Santiago. *In Dubio Pro Reo*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971, p. 81. Tradução nossa. No original, em espanhol: *El juez que dice, en su sentencia, que absuelve por duda, por beneficio de la duda, que decide a favor del reo, no está en duda; está firme y seguro de que carece de pruebas; de que no tiene, al menos, las suficientes para condenar; y sin pruebas no se puede condenar*.

duas figuras penais é o elemento subjetivo diverso do dolo presente no art. 28: “para consumo pessoal”. Sucede que nos milhares de casos que chegam anualmente aos Tribunais de Justiça com condenação em primeiro grau por tráfico, o que se encontra no plano probatório costuma ser, em sua vasta maioria, amplamente duvidoso. Como se sabe por experiência de atuação como Procurador de Justiça perante a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, especializada nesta matéria, boa parte dos casos que chegam à segunda instância resume-se naquilo que se pode definir como sendo a fórmula matemática do tráfico de drogas: a Polícia Militar relata ter recebido uma notícia anônima de que haveria um traficante na região tal, com determinadas características físicas. Em verificação da notícia anônima, a Polícia Militar aborda um sujeito na rua, procede à revista pessoal e, bingo (!), encontra com ele pequena quantidade de droga num dos bolsos da calça e, no outro, algumas notas de dinheiro em pequenos valores. Não interessa o que ele estava fazendo no momento, tampouco suas alegações no sentido de que a droga encontrada seria para seu consumo pessoal. O quadro identificado é o que costuma bastar para a prisão em flagrante por tráfico, para a denúncia e respectiva condenação, sempre por tráfico.

Esse quadro corriqueiro de casos denunciados e condenados em primeiro grau, no entanto, por evidente, apresenta, para dizer o mínimo, um elevado índice de dúvida a respeito do elemento subjetivo diverso do dolo em relação ao acusado. E, havendo essa dúvida, o que a dogmática moderna espera e o que a Constituição da República de 1988 determina, é que a pessoa abordada nas condições acima indicadas pela Polícia Militar tenha sua conduta desclassificada para o delito de “porte para uso” ou até mesmo seja absolvida pelo juiz em primeiro grau. Aliás, não deveria sequer ter sido lavrado o flagrante e sido oferecida a denúncia em relação a ele. O que se vê, portanto, é que mesmo em dúvida, a condenação por tráfico de drogas também aflora, e com certa facilidade em casos que apresentam certo padrão de conduta e de prova e são frequentes no foro.

Crimes de lesão corporal ou homicídio no trânsito nos quais a discussão orbita em definir se houve dolo eventual ou culpa consciente também são sintomáticos a revelar como os Tribunais costumam julgar contra o acusado, mesmo em dúvida. Até o Supremo Tribunal Federal chegou a praticamente “matematizar” a identificação

probatória do dolo eventual, passando a considerá-lo toda vez que o caso apresentar embriaguez + velocidade excessiva<sup>1926</sup>. Não é preciso muito esforço para compreender como essa interpretação é equivocada e premia um *in dubio pro culpa*, pois conduz à ideia – falsa, frise-se – de que em todos os casos que o sujeito esteja embriagado e acima da velocidade permitida ele não se importe com o resultado lesão ou morte das pessoas que vier a atingir com seu veículo. Não há como se admitir essa “fórmula” do dolo eventual, salvo na flexibilização da presunção de inocência. Casos como esse revelam, de forma clara, como nem sempre a dúvida é lida em favor do acusado<sup>1927</sup>.

<sup>1926</sup> Verbi gratia: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 115352 / DF. Segunda Turma, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 16/04/2013, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>, acesso em 07 de setembro de 2014. Ementa: (...) *No caso sob exame, o paciente foi condenado pela prática de homicídio doloso por imprimir velocidade excessiva ao veículo que dirigia, e, ainda, por estar sob influência do álcool, circunstância apta a demonstrar que o réu aceitou a ocorrência do resultado e agiu, portanto, com dolo eventual. IV - Habeas Corpus denegado.*

<sup>1927</sup> O problema também é tratado como decorrente de crenças em “máximas de experiência”, como indica, UBERTIS, Giulio. *Sistema di Procedura Penale I. Principi Generali*. Ob. cit., pp. 68 e ss. Sobre o tema, de forma crítica, refere PIERGALLINI, Carlo. *La Regola dell'“Oltre Ragionevole Dubbio” al Banco di Prova di un Ordinamento di Civil Law*. Ob. cit., pp. 626 e ss.. Não menos desprezível aparece o problema de aplicação da fórmula “Bard” - (Beyond a Reasonable Doubt) - em relação à prova do dolo e daqueles elementos objetivos, a exemplo da causalidade psicológica, que também passam na mente do agente. Ao contrário da causalidade naturalística, não existem, ou ocorrem raramente, de fato, as leis científicas sobre quais recaem. De resto, a prova sobre este tema, sempre se constituiu em algo difícil, não raras vezes contornada por um desenvolvido apelo às máximas de experiência. É bem sabido que a noção de máxima de experiência abre o campo de consideráveis nós problemáticos. A afirmação segundo a qual ela consistiria em regras gerais derivadas indutivamente da experiência, no pressuposto de que a cultura média da sociedade esteja em condições de resumir as experiências mais diversificadas na forma de leis gerais, abre o caminho para objeções consideráveis. É verdade que, em alguns casos limitados, a máxima da experiência pode ter como base um conteúdo cognoscitivo comparável àquele das leis científicas gerais (universais ou estatísticas), de modo a não alimentar os problemas particulares de aplicação. A situação é, no entanto, muito mais incerta quando a máxima é desprovida de qualquer suporte científico ou estatístico, resumindo-se a um enunciado que provém inteiramente da experiência, dos fatos. Nestes termos é necessário proteger-se contra o risco de recorrer a critérios de inferência falsa, ou pior ainda, de transformar o objeto a ser provado num critério de inferência: o abismo da patologia probatória se desenrola perigosamente. E, de fato, dizer que a máxima consiste numa noção de senso comum não permite desconsiderar que as noções de senso comum são baseadas em práticas de comportamento desleixadas, pouco rigorosas e, finalmente, pouco confiáveis. Além disso – já nos perguntaram - “a experiência de quem é relevante para o desenvolvimento de uma máxima? Aquela do juiz? Mas então, quantos casos deve ter visto e decidido o juiz para formar-se esta experiência?” Sem contar que o “saber” do juiz, no caso das máximas de experiência, reflete o risco de derivar de sua “pré-compreensão”, ou seja, na direção da uma realidade capaz de abraçar a experiência humana do juiz, incluindo seus prejuízos, sua moral e suas convicções. E, ainda, como deve ser o ambiente cultural e social no qual se formou a máxima? Circunscrito, generalizado, homogêneo? No original, em italiano: *Non meno trascurabili appaiono i problemi di applicazione della formula Bard con riguardo alla prova del dolo e di quegli elementi oggettivi, come la causalità psicologica, che transitano comunque nella mente dell'agente: diversamente dalla causalità naturalistica, non vi sono, o si danno raramente, infatti, leggi scientifiche a cui attingere. Del resto, la prova, su questo versante, costituisce da sempre un'asperità, non di rado aggirata con un disinvolto ricorso alle massime di esperienza. È risaputo che la nozione di massima di esperienza apre il campo a ragguardevoli nodi problematici. L'affermazione secondo la quale*

O que sucede em casos como os aludidos acima, é explicado pela Psicologia Cognitiva de Amos Tversky e Daniel Kahneman, como sendo um “julgamento por representatividade”<sup>1928</sup> que se costuma realizar mentalmente. No caso do tráfico de drogas, por exemplo, criou-se uma representação, uma ideia – nem sempre falsa, mas que passou a ser padronizada e aceita como “suficiente” – de se acreditar na notícia anônima, pois ela teria sido “confirmada” com a descoberta da droga e do dinheiro no bolso. Assim, afasta-se, pela “heurística da representação”, a possibilidade dele ser mero consumidor, porquanto além da notícia, houve o flagrante pelo porte da droga e as notas de dinheiro de pequeno valor no bolso da calça conduzem, no imaginário das probabilidades aceitas, a considerá-lo produto do comércio de drogas. Logo, o policial militar, o delegado, o promotor e o juiz, acabam considerando, mentalmente, que o sujeito “só pode ser traficante”. Mas há certeza nessa afirmação? Há prova capaz de concluir nesse sentido? Óbvio que não, mas o resultado tem sido lido sob a ótica de que isso “não importa”, pois a aparência, ou o estereótipo, resolvem o processo decisório e, mesmo havendo dúvida – no caso pode-se até afirmar que a certeza seria inversamente proporcional à condenação esposada – não raras vezes é a condenação por tráfico de drogas o que se tem. Na “heurística da representatividade”, a probabilidade de que o sujeito abordado com a droga e com o dinheiro trocado no bolso seja um traficante “é avaliada segundo o grau em que ele é representativo, ou

---

*essa consisterebbe in regole generali derivate induttivamente dall'esperienza, sul presupposto che la cultura media della società sia in grado di riassumere le esperienze più diversificate nella forma di leggi generali, presta il fianco a non trascurabili obiezioni. È vero che, in alcuni, limitati casi, la massima di esperienza può affondare le radici in un contenuto cognoscitivo equiparabile a quello delle leggi scientifiche generali (universali o statistiche), sì da non alimentare particolari problemi applicativi. La situazione è, per contro, molto più incerta quando la massima è priva di qualsiasi supporto scientifico o statistico, risolvendosi in un'enunciazione interamente derivata dall'esperienza, dai fatti. Stavolta occorre guardarsi dal rischio di ricorrere a falsi criteri di inferenza o, peggio ancora, di trasformare l'oggetto da provare in criterio di inferenza: il baratro della patologia probatoria si schiude pericolosamente. E, infatti, affermare che la massima consiste in una nozione di senso comune non permette di escludere che le nozioni di senso comune si fondino su prassi comportamentali sciatte, poco rigorose e, in definitiva, poco affidabili. Inoltre — ci si è chiesto — « l'esperienza di chi è rilevante per l'elaborazione di una massima? Quella del giudice? Ma, allora, quanti casi deve avere visto e deciso il giudice per formarsi questa esperienza? ». Senza contare che il 'sapere' del giudice, nel caso delle massime di esperienza, sconta il rischio di una deriva verso la sua “precomprensione”, cioè in direzione di una realtà capace di abbracciare l'esperienza umana del giudice, compresi i suoi pregiudizi, la sua morale e le sue convinzioni. E, ancora: come deve essere l'ambiente culturale e sociale in cui si è formata la massima? Circoscritto, generalizzato, omogeneo?*

<sup>1928</sup> AMOS, Tversky; KAHNEMAN, Daniel. Apêndice A: Julgamento sob Incerteza: Heurísticas e Vieses. In: KAHNEMAN, Daniel. Ob. cit., pp. 524-539.

similar ao estereótipo” de um traficante<sup>1929</sup>. E, por mais que se treinem – que se doutrinem – os juízes a compreender que não podem agir assim, que esse conjunto de dados deve ser considerado invariavelmente como insuficiente para condenar por tráfico, sempre haverá um percentual de magistrados – porque são seres humanos – que não escapará do mecanismo heurístico da representatividade. É inevitável, pois é assim que a mente da maioria das pessoas opera.

Análises de decisões colegiadas – a exemplo do Conselho de Sentença e das Câmaras e Turmas dos Tribunais – são igualmente reveladoras, pois a dúvida que possa conduzir à absolvição para um desembargador, por exemplo, pode não equivaler à “certeza” que os demais repute presente no sentido inverso. E o conjunto de provas é o mesmo para todos os desembargadores.

A fragilidade do *in dubio pro reo* fica ainda mais clara no Tribunal do Júri brasileiro, no qual a “convicção íntima” persiste com a desnecessidade do leigo-juiz fundamentar sua decisão (o que, por si só, já poderia ser eivado de inconstitucionalidade, frente à exigência de fundamentação, mas segue sendo o padrão da “normalidade” dos julgamentos populares no Brasil). Seja como for, o fato é que, como qualquer um que atue perante o Tribunal do Júri sabe, não raras vezes o Conselho de Sentença condena o réu muito mais pelo seu histórico de vida do que pela prova do fato em si. Já se ouviu de jurados dizerem após uma questionável decisão condenatória: “pode até ser que esse crime ele não tenha cometido, mas estava na hora dele pagar pelos seus antecedentes”. E condenam mesmo em dúvida com a facilidade de não precisarem justificar a decisão (convicção íntima). A questão é tão evidente – e tão frequente – que o legislador se preocupou em regrar que mesmo diante da soberania dos vereditos é possível apelar para submeter o réu a um segundo júri quando “a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos”, nos termos da letra “d”, do inciso III, do art. 593, do Código de Processo Penal brasileiro.

Outra “visita” interessante é analisar os casos nos quais os acusados usaram do direito ao silêncio e foram condenados. Não sem surpresa se verá que, ainda que não seja uma regra e ainda que se possa rotular essa questão como decorrente de um

---

<sup>1929</sup> AMOS, Tversky; KAHNEMAN, Daniel. Apêndice A: Julgamento sob Incerteza: Heurísticas e Vieses. In: KAHNEMAN, Daniel. Ob. cit., pp. 524-539, p. 525.

“ranço inquisitorial”<sup>1930</sup> ou do “senso comum teórico dos juristas”, ou algo similar, há um elevado índice de condenação nestes casos, pois o silêncio, ainda que seja vendido dogmaticamente como garantia ao acusado e como corolário da presunção de inocência, na prática e na via psicológica, ele comunica culpa. Na “heurística da representatividade” ele se encaixa naquilo que o Sistema 1 considera *a priori* como “culpado”. Por mais que se considere a possibilidade de o silêncio ter múltiplos significados<sup>1931</sup>, no contexto de uma imputação de culpa não há como evitar que ele produza esse efeito de sentido “produzido pela relação do silêncio com o não-dito cuja sobra é o ‘implícito’”, como diz Orlandi<sup>1932</sup>. Há uma evidente contaminação psicológica do silêncio na formação do processo decisório do um-juiz formado numa sociedade que tem como ditados populares “quem cala, consente” e “quem não deve, não teme”<sup>1933</sup>. Repita-se: ainda que o juiz seja treinado – doutrinado até – para acreditar dogmaticamente que o acusado usa do silêncio como uma garantia pelo fato de ser considerado presumidamente inocente no âmbito constitucional de suas garantias e, assim, não precisar provar sua inocência, o silêncio de quem é acusado injustamente, por não ser uma reação natural do ser humano, pode ser lido como demonstração de culpa pelo Sistema 1 do juiz, ainda que inconscientemente.

Considere-se o seguinte caso hipotético: o juiz sabe, por exemplo, pelas “experiências de vida”, que se alguém chegar em casa de madrugada, bêbado e com marcas de batom no colarinho, e for indagado por sua esposa onde estava até aquela hora e como ficou naquele estado, e quiser usar do silêncio como mecânica de demonstração de sua inocência, não terá muito sucesso. A presunção que a esposa terá a respeito de sua conduta será de culpa, até pelas demais evidências. Imaginando uma esposa amorosa, ela muito provavelmente pode até “torcer” por uma explicação convincente do marido que seja capaz de constranger as evidências a tal ponto de lhe alterar o estado de espírito. O marido, de outro lado, sabe que será difícil convencê-la de que “não é nada disso que você está pensando”. O silêncio, no entanto, aqui acaba

<sup>1930</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Ob. cit., p. 48.

<sup>1931</sup> ORLANDI, Eni Puccinelli. **As Formas do Silêncio. No movimento dos sentidos**. 6ª ed., Campinas: Editora Unicamp, 2007.

<sup>1932</sup> ORLANDI, Eni Puccinelli. Ob. cit., p. 169.

<sup>1933</sup> Em sentido similar: SARAGOÇA DA MATTA, Paulo. A Livre Apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Ob. cit., p. 259

sendo lido como um atestado de culpa. Porém, em variação deste mesmo exemplo, se as “evidências de culpa” não forem tantas, ou seja, se ele não estiver bêbado e não tiver as marcas de batom no colarinho, mas chegar de madrugada em casa porque teve que trabalhar até mais tarde, mas, mesmo assim, não quiser dar explicações à sua esposa e manter o silêncio por “ser inocente”, o resultado presumido pela esposa será praticamente o mesmo. Na “heurística da representatividade”, chegar tarde em casa e não dar explicações a respeito se encaixa na probabilidade de culpa. Assim, se neste segundo caso, ela lhe acusar de estar “na gandaia” ao invés de estar trabalhando e obter em troca o silêncio, a presunção continuará sendo de culpa. O silêncio continua não sendo o melhor caminho defensivo, pois o natural do ser humano, quando acusado de alguma coisa injustamente, é se defender falando. O não natural é silenciar. É assim que o Sistema 1 opera. Por isso os ditados populares são tão fortes e persistem como produções culturais perenes, introjetados no inconsciente coletivo pelo tempo, pois num primeiro momento acabam sendo a expressão do modo de pensar coletivo, e num segundo momento atuam de forma circular na confirmação dessa crença coletiva toda vez que são invocados. Assim, ainda que inconscientemente, também agem na formação da compreensão e da representatividade do sujeito que interpreta a cena. O mesmo processo mental ocorre com o juiz quando conduz o processo penal e se depara com o silêncio do acusado. Insista-se: por mais treinado que esteja o juiz quanto a compreender o silêncio como uma garantia do acusado e ainda que não possa valorá-lo como fundamento na sentença, quando o acusado silencia em sua defesa, no inconsciente do um-juiz se ativa uma correspondência à culpa. É como se o Sistema 1 do juiz dissesse: “já entendi; você é culpado, mesmo que a prova seja insuficiente para um juízo de valor de certeza da culpa, o seu silêncio, por si só, me comunica sua culpa e, assim, só preciso discursiva e retoricamente demonstrá-la na sentença”. Em sentido similar Geraldo Prado já havia acenado:

*Ocorre que nem sempre a disciplina normativa assegura a efetividade dos direitos, mesmo quando, como no caso dos interrogatórios promovidos pela autoridade policial, a avaliação do material colhido, em nível provisório e superficial se a hipótese é de receber denúncia do Ministério Público, ou em cotejo com provas adquiridas ao longo do processo, se o*

*momento é de cognição exaustiva e emissão de sentença de mérito, é incumbência principal do juiz.*

*É que a prática do foro tem revelado, mediante o emprego de técnicas de dissimulação às vezes inconscientes, que aquilo que a Constituição quis impedir de forma direta, tal seja, a coação sobre a pessoa investigada de sorte a dela extrair a confissão, em muitos aspectos ainda esperada com ansiedade, acaba invadindo o processo de modo sutil, sinuoso, esvaziando no plano prático a indiscutível proteção constitucional.<sup>1934</sup>*

No entanto, se o juiz, ao contrário, puder também esclarecer dúvidas, de maneira secundária em relação às partes, como já se destacou, poderá esclarecer aspectos que possam não ter sido trazidos pelas partes, notadamente pela defesa que usou da estratégia do silêncio e, assim, poderá também obter prova que ative o Sistema 2, constranja sua representatividade e conduza à inocência do acusado ou, pelo menos, que lhe amplie o quadro de dúvida de tal forma que lhe afaste a presunção de culpa que a “heurística da representatividade” mentalmente guarda a partir do silêncio do acusado e da atuação do Sistema 1. É como se no segundo caso hipotético acima referido a esposa fosse procurar se informar onde estava seu marido silente e descobrisse que ele ficou, de fato, trabalhando até tarde. A presunção psicológica de culpa que estava em sua mente, muda no mesmo instante. Do contrário, permanece em estado psicológico de compreensão da culpa do marido e de prevalência da representatividade primitiva.

Assim, há que se considerar que a inércia do defensor no plano probatório também contribui para que aspectos considerados relevantes pelo juiz na apreciação do caso – mas não aprofundados em termos probatórios pela defesa – passem a ser mal compreendidos e até mesmo desconsiderados no processo decisório. Um juiz inerte, neste prisma, até mesmo pode prejudicar o réu, como alerta Eugênio Pacelli de Oliveira:

*O juiz inerte, como é a regra no denominado sistema de partes do direito norte-americano, normalmente classificado pela doutrina como modelo acusatório puro, encontra fundamentação em premissas e postulados valorativos absolutamente incompatíveis, não só com nossa*

<sup>1934</sup> PRADO, Geraldo. Direito ao Silêncio. In: **Revista da Universidade Estácio de Sá**. Rio de Janeiro, nº 1, maio 2007, disponível em [www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista1/artigo12.htm](http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista1/artigo12.htm), acesso em 13 de agosto de 2014.



*realidade atual, mas com a essência do processo penal. Em sistemas como este, do juiz inerte, há que se conviver, em maior ou menor grau, com a possibilidade de condenação de alguém pela insuficiência defensiva, reputada, a priori, igual à atividade acusatória.*<sup>1935</sup>

Em sentido similar é a posição de Geraldo Prado, quando afirma ser possível identificar “defensores inaptos para a melhor forma de representação dos interesses do imputado”<sup>1936</sup>. Para alguns doutrinadores<sup>1937</sup> a “saída” neste caso seria anular o processo por deficiência técnica da defesa. Mas, como se sabe, nem sempre o magistrado terá iniciativa assim tão drástica, pois, ao anular o processo por deficiência técnica do advogado, em certa medida o magistrado acabaria imputando, implicitamente, a pecha de incompetente ao defensor.

Assim, nesse ponto vale a lembrança de Aury Lopes Júnior ao conceber o processo como situação jurídica, na linha defendida por James Goldschmidt<sup>1938</sup>, no qual, não obstante a carga probatória seja do Ministério Público, há riscos para a defesa inerte. A defesa “assume riscos pela perda de uma chance probatória” que pode levar a uma “sentença desfavorável”. E dá como “exemplo típico” o exercício do direito ao silêncio, o qual, não obstante não gere um “prejuízo processual” acaba potencializando “o risco de uma sentença condenatória. Isso é inegável”<sup>1939</sup>.

Neste ponto também é conveniente recordar a diferenciação colocada por Eugênio Pacelli de Oliveira, quando separa possíveis dúvidas sobre o material probatório já produzido e sobre o que se tem quando não há material probatório produzido. Como conclui Pacelli, “é de se admitir a dúvida do juiz apenas sobre a prova produzida, e não sobre a insuficiência ou a ausência da atividade persecutória”<sup>1940</sup>. Para Pacelli, a “dúvida somente instala-se no espírito a partir da confluência de proposições em sentido diverso sobre determinado objeto ou ideia” e, assim, para o

<sup>1935</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed., ob. cit., p. 13.

<sup>1936</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Ob. cit., p. 137.

<sup>1937</sup> V.g. AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. Ob. cit., p. 465.

<sup>1938</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal: conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935**. Ob. cit., p. 53. Vide também: GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Editorial Labor, 1936.

<sup>1939</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed.. Ob. cit., p. 93.

<sup>1940</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed., p. 337.

autor, quando não há prova alguma, quando há inatividade defensiva, não se trata de sanar dúvidas, mas de suprir a inércia defensiva, em favor do acusado (ainda que se saiba, com Aury Lopes Jr., por exemplo, que essa busca pode resultar em prova contra o réu).

Seja como for, dizer que o juiz somente pode condenar se alcançar um juízo de valor *beyond a reasonable doubt*, isto é, para além de uma dúvida razoável, semanticamente é o mesmo que dizer que ele pode julgar em dúvida. É isso que o princípio semanticamente comunica: se sua dúvida for além do razoável, condene. Mas, frise-se: “condene em dúvida”. No direito brasileiro sucede o mesmo com a redação dos incisos VI e VII, do art. 386, do Código de Processo Penal que contribuem para “aliviar a culpa cristã” do julgador. Diz a regra do inciso VI que o juiz absolverá o réu, quando “existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência” e o inciso VII autoriza a absolvição quando “não existir prova *suficiente* para a condenação”. Lidos *contrario sensu*, os dois incisos indicam a possibilidade de condenação em dúvida. Com efeito, nessa leitura às avessas, para o inciso VI a condenação pode ocorrer se a dúvida sobre a excludente de ilicitude ou culpabilidade não for “fundada” – seja lá o que isso signifique no caso concreto – e a regra do inciso VII diz que se a prova for “suficiente” o juiz condena. É a mesma lógica do *standard* norteamericano do *beyond a reasonable doubt*.

A respeito do aspecto da comunicação semântica do princípio vale citar a crítica de Larry Laudan que considera esse *standard* “penosamente inadequado, deliberadamente pouco claro, totalmente subjetivo e aberto a um número de interpretações semelhantes ao número de juízes”<sup>1941</sup>. Laudan apresenta o resultado de sua pesquisa empírica na tentativa de estabelecer critérios para adoção do princípio, concluindo que:

*de uma leitura cuidadosa das opiniões da segunda instância nas quais se buscou explicitamente esclarecer o que esta doutrina significa, não se pode deixar de concluir que nem sequer as mentes mais sagazes do sistema de administração da justiça conseguiram gerar um*

---

<sup>1941</sup> LAUDAN, Larry. Ob. cit., p. 61.

*entendimento homogêneo a respeito de qual é o nível de prova apropriado para condenar alguém pelo delito que lhe é imputado.*<sup>1942</sup>

E, diante desta constatação, Laudan alerta para o grau de complexidade que ultrapassa a discussão a respeito do risco de se ter um jurado “severo e inquisitivo, decidido a condenar ignorando as provas exculpatórias”, para considerar o problema como “mais sistêmico”:

*Até mesmo o conselho de sentença mais responsável, composto por doze pessoas desejosas de fazer o correto e ansiosas de ver que se faz justiça, fica à deriva em relação a quão poderoso deva ser um caso antes que seus membros possam corretamente afirmar que creem que a culpabilidade do acusado sobrepassa o umbral da dúvida razoável.*<sup>1943</sup>

Laudan ainda informa que na Inglaterra recentemente se adotou uma recomendação para que os juízes informem aos jurados que devem condenar apenas quando “tiverem certeza”, abandonando o velho *standard* cristão de condenar apenas quando tiverem “uma dúvida além do razoável”. Porém, Laudan critica essa mudança, dizendo que trocar “não tenha dúvidas razoáveis” por “tenham certeza” lhe parece “algo supérfluo”, pois “ambas as fórmulas são desesperançosas”<sup>1944</sup>. Em sentido equivalente Jacinto Coutinho já tinha alertado para a insuficiência operada por Carnelutti quando este operou a “troca” entre a “busca da verdade” pela “busca da certeza”<sup>1945</sup>. Se na Inglaterra o problema está nestes termos, nos Estados Unidos é ainda mais dramático,

---

<sup>1942</sup> LAUDAN, Larry. Ob. cit., p. 62. Tradução nossa. No original, em espanhol: *de una lectura cuidadosa de las opiniones de la segunda instancia en las que se ha buscado explicitamente clarificar lo que esta doctrina toral significa, no puede más que concluirse que ni siquiera las mentes más sagaces del sistema de impartición de justicia han podido generar un entendimiento homogéneo acerca de cuál es el nivel de prueba apropiado para condenar a alguien del delito que se le imputa.*

<sup>1943</sup> LAUDAN, Larry. Ob. cit., p. 62. Tradução nossa. No original, em espanhol: *Incluso el jurado más responsable, conformado por doce personas deseosas de hacer lo correcto y ansiosas de ver que se haga justicia, queda a la deriva respecto a cuán poderoso ha de ser un caso antes de que sus miembros puedan correctamente afirmar que creen que la culpabilidad del acusado sobrepasa el umbral de la duda razonable.*

<sup>1944</sup> LAUDAN, Larry. Ob. cit., p. 63.

<sup>1945</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito.** Ob. cit., p. 88.

pois lá se recomenda que o jurado condene quando “a quantidade de probabilidade” atinja 51% (cinquenta e um por cento)<sup>1946</sup>.

Não bastasse tudo isso, ainda se tem o inconsciente. E aí a questão da dúvida se resolve noutro plano, incontrolável pelo um-juiz. Como se sabe depois de Freud e Lacan a condenação pode vir por fatores que talvez nem o juiz se dê conta.

Desta forma, sempre preservada a vênia, essa crença na máxima *in dubio pro reo* como justificativa de parte da doutrina moderna para manter o juiz inerte revela, por um lado, um excesso epistêmico, fruto de certa ingenuidade da doutrina que aposta na “bondade humana”, seja esta uma bondade orientada por uma vetusta moral cristã, seja, ao contrário e paradoxalmente, porém com o mesmo nível de crença, orientada por um racionalismo que pudesse ser sempre forte e sempre presente na mente de todos os juízes, desconsiderando as pré-compreensões do ser-no-mundo heideggeriano e o inconsciente freudiano. Não bastasse, essa crença, de outro lado, não leva em conta que a atividade probatória do juiz possa, em dose certa, representar um antídoto para o arbítrio e para a manutenção do “quadro mental paranoico” que possa se ter formado em sua psique. E nessa análise não se pode olvidar que a linguagem é condição de possibilidade da compreensão como já referiram Heidegger e Gadamer.

Assim, num primeiro aspecto, pode-se até desejar que os juízes sejam todos de “bom coração” (seja lá o que isso queira significar, como já referia Agostinho Ramalho<sup>1947</sup>) e tenham sido criados numa nova cultura que supere os ditados populares que de forma milenar formaram o inconsciente coletivo do ocidente: “quem cala consente” e “quem não deve não teme”. Mas o juiz é ser-no-mundo e age à luz de sua faticidade, como se sabe desde Heidegger. Talvez, para alguns, fosse mesmo

---

<sup>1946</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; LEIBAR, Iñaki Esparza; GARGALLO, Andrea Planchadell; CEBADERA, María-Ángeles Pérez; MONTOLIÚ, Ana Beltrán. *La Prueba*. In: **Introducción al Proceso Penal Federal de Los Estados Unidos de Norteamérica**. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 351, *verbis*: *Se disse en Norteamérica que la cantidad de probabilidades que se exige es de 51%, con lo que se pretende instruir al Jurado de que, a pesar de que tengas dudas razonables, tiene que inclinar la balanza a favor de la versión que considere más probable.*

<sup>1947</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. In: **Revista Anamatra**. São Paulo: Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, nº 21, 1994, p. 50, *verbis*: *Uma vez perguntei: quem nos protege da bondade dos bons? Do ponto de vista do cidadão comum, nada nos garante, ‘a priori’, que nas mãos do Juiz estamos em boas mãos, mesmo que essas mãos sejam boas.*

desejável que todos os juízes-seres-no-mundo fossem tão racionais a ponto de abstrair tudo ao seu redor e toda sua formação preconceituosa e se comportassem invariavelmente numa nova cultura de compreensão da presunção de inocência e, assim, se pudesse apostar as fichas na ideia de que o juiz em dúvida sempre absolverá. Porém, esse discusso acaba desconsiderando como a natureza humana opera entre a dúvida e a certeza. Nesse ponto Nietzsche já alertava:

*E tu, juiz vermelho, se dissesse em voz alta o que fizeste em pensamento, todo o mundo gritaria: “Fora com essa imundície, com esse verme venenoso!” Mas uma coisa é o pensamento e outra é a ação, e outra a imagem da ação. A roda da causalidade não gira entre elas.*<sup>1948</sup>

Assim, a certeza, como também dizia Carnelutti, não está no pensamento, mas na ação, na liberdade de ação e “o ciclo da ação se inicia e se fecha com a fé”<sup>1949</sup>. E aqui não se pode desconsiderar que o inconsciente também opera no processo decisório, inclusive para o juiz condenar sem provas que possam ser consideradas como “suficientes” pelas partes. O juiz pode estar em dúvida – *in interiore homine* – mas ao mesmo tempo querer condenar por razões outras, inclusive inconscientes.

Aliás, nesse raciocínio reducionista de que em dúvida o juiz sempre absolve (ou sempre deva absolver), desconsidera-se também o alerta de Fernando Gil de que “quando julgamos possuir uma dose elevada de verossimilhança aceitamos algo em termos de convicção” e que esse “engano de nós próprios” só é alterado – quando o é, diga-se –, posteriormente, pelo eventual constrangimento externo que seja capaz de gerar a “*self-deception*”.

Com efeito, apostar na inércia do juiz em relação à produção probatória como capaz de, por si só, conduzir invariavelmente à absolvição pela dúvida, significa não levar em conta que “o problema”, como mais uma vez refere Fernando Gil, “será então saber se o reconhecimento e a avaliação deste enganar-se a si próprio é coisa que cada indivíduo ou está em condições de poder efectuar, ou não”<sup>1950</sup>. “O ponto crítico” – prossegue Gil – “não reside na universalidade da razão, mas, antes, na admissão, ou

<sup>1948</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Assim Falava Zaratustra**. Ob. cit., p. 43.

<sup>1949</sup> CARNELUTTI, Francesco. Verdade, Dúvida e Certeza. Ob. cit.

<sup>1950</sup> GIL, Fernando. Reflexões Sobre a Prova, Verdade e Tempo. In: CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. Ob. cit., p. 174.

não, que o sujeito possui em princípio meios cognitivos suficientes para reconhecer o autoengano”<sup>1951</sup>. E aqui o caldo cultural no qual o “ser-juiz-no-mundo” está inserido fala mais alto. E fala, diga-se, até mesmo a partir da linguagem, na qual estão “marcados” os critérios de “que definem e distinguem os modos epistêmicos nela vigentes: o certo, o provável, o presumível, o duvidoso, o falso, etc.”<sup>1952</sup>, enfim, que estabelecem a definição das crenças de um povo, para prosseguir com a análise de Fernando Gil. Assim, parece inadequada e insuficiente a aposta na inércia do juiz como solução para evitar que os “quadros mentais paranoicos” prevaleçam na sentença.

Pode-se também considerar essa problemática situação de se acreditar na solução do *in dubio pro reo*, sob o prisma psicanalítico. Se é o “limite” que gera o desejo, quanto mais limites forem impostos ao juiz para compreender o caso penal, mais ele vai desejar saber para poder “gozar” na sentença. E se para desconstruir as dúvidas que geram o desejo de saber a barreira for absolutamente intransponível pela exigência de inércia plena, o limite continuará gerando o desejo. E, como referia Nietzsche, “acabamos por amar nosso próprio desejo, em lugar do objeto desejado”<sup>1953</sup>. Lacan também deixa transparente essa questão quando identifica a ausência de um objeto definível do desejo. Assim, por não poder se satisfazer sequer em parte, a falta continua alimentando o desejo e, nessa medida, os quadros mentais paranoicos tendem a se acentuar significativamente e, depois, por ocasião da sentença, “desaparecem”, camuflados que ficam na retórica que serve de imunização do discurso às críticas, como já visto em Nilo Bairros de Brum.

Retome-se, então, o que dizia Fernando Gil logo acima: o “engano de nós próprios” necessita de um “constrangimento externo” que provoque a “autodecepção”. É aqui que pode operar, como via de consequência, a metanoia. Porém, para que o constrangimento externo seja capaz de provocar a “*self-deception*” de que fala Fernando Gil, é necessário que seja um constrangimento correlato ao quanto vai à cabeça do juiz.

---

<sup>1951</sup> GIL, Fernando. Reflexões Sobre a Prova, Verdade e Tempo. In: CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. Ob. cit., p. 174.

<sup>1952</sup> GIL, Fernando. Reflexões Sobre a Prova, Verdade e Tempo. In: CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. Ob. cit., p. 174.

<sup>1953</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Além do Bem e do Mal. Prelúdio de uma Filosofia do Futuro**. Ob. cit., p. 115, aforisma 175.

Nessa tentativa de provocar a reflexão necessária na mente do juiz e promover a chamada “captura psíquica do juiz” se podem identificar dois modelos na linha aqui discutida. No primeiro, no qual o juiz é absolutamente inerte, a parte deve procurar adivinhar o que vai à mente do juiz para produzir a prova capaz de “apertar o botão certo” que sirva de constrangimento externo capaz de provocar no juiz o afastamento de seu possível quadro mental paranoico e, assim, gerar a compreensão e a aderência à sua tese. Nesse caso, o contraditório e a ampla defesa não são aproveitados em toda sua potencialidade, podendo até mesmo ser circunstancialmente anulados como efetivas funções de garantia, pois tudo se resume a um arriscado jogo de adivinhação que é pautado pela sorte ou azar da parte ter produzido a prova que o juiz entendia como relevante para tomar sua decisão. Some-se a tudo isso a capacidade da parte em manipular provas retoricamente e convencer o juiz pelo discurso unilateral contraposto apenas pelo contradiscurso do adversário. De resto é “ficar na torcida” para que o juiz não decida antes do debate entre as partes. “Torcer” para que a “decisão”, ou seja, para que o corte do elo comunicativo do juiz com as partes não ocorra antes de se findar a produção da prova e do consequente debate entre as partes. E “torcer”, também, para que o juiz possa entender como relevante esta discussão da qual ele não participa e que fica centrada nas defesas de dois pontos de vista entre duas partes se contradizendo.

No segundo modelo, porquanto o juiz abre a boca e fala, faz perguntas adicionais, participa da discussão, enfim, não corta o elo comunicativo com as partes, externa suas dúvidas e inquietações na tentativa de compreender a prova no presente da audiência, é possível às partes captarem, seja diretamente pelo quanto for dito pelo juiz, seja também até mesmo pelos buracos de sua fala, nos moldes similares – guardadas as proporções, é claro – à atuação de um psicanalista, o que se passa na complexidade da mente do juiz, na sua forma de compreender o caso, antes de se completar o processo decisório mental. De fato, se o juiz de alguma forma comunica previamente sua preocupação, sua angústia ou sua não compreensão da prova, permite às partes procurarem “apertar o botão certo”, agindo como um constrangimento externo que pode ser capaz de iluminar a não compreensão do juiz. Isto é, sabendo o que vai à sua mente no curso da produção da prova, as partes podem, através de

novas intervenções nesse contexto da audiência, provocar no juiz, até mesmo, dependendo do quanto o ser-no-mundo juiz esteja receptivo, um “quadro mental sublimador”<sup>1954</sup>, para usar a linguagem freudiana, que lhe permita mudar o modo de pensar, promovendo “uma orientação para novas metas”<sup>1955</sup>, permitindo-lhe “encontrar escoamento e emprego em outros campos” como refere Freud<sup>1956</sup>, quem sabe até eliminando o “quadro mental paranoico” e provocando um “quadro mental metanoico”. Nesse plano, também é relevante o quanto Roland Chemama informa a respeito da compreensão freudiana da “sublimação”, dizendo que ele considerava que “as condições que permitem a instauração desse processo” – de sublimação – “seu desdobramento e sua conclusão estão na dependência de contingências internas e externas”<sup>1957</sup>. No caso da audiência de instrução essas contingências externas de que fala Freud podem ser criadas pelas novas intervenções das partes. Vale a ressalva que não se está psicanalizando o juiz nesse momento da audiência, nem ele está em busca de algo tão pleno quanto uma “cura” que provoque um “tamponamento da falta” que lhe tenha gerado o desejo e o consequente “quadro mental paranoico”, mas se trabalha

---

<sup>1954</sup> Freud esclarece que os instintos (pulsões) podem sofrer quatro espécies de destino ou reação: a reversão no contrário; o voltar-se contra a própria pessoa; a repressão (ou “recalque”, como explica Paulo Cesar de Souza, tradutor de Freud); e a sublimação (FREUD, Sigmund. Os Instintos e seus Destinos. In: **Obras Completas, Volume 12. Introdução ao Narcisismo, Ensaios de Metapsicologia e Outros Textos (1914-1917)**. Ob. cit., p. 64). Em relação à sublimação propriamente dita, Freud fala dela em determinadas passagens de sua obra, a exemplo do texto intitulado “Três Ensaios Sobre a Teoria da Sexualidade” (FREUD, Sigmund. Três Ensaios Sobre a Teoria da Sexualidade. **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 07. Um Caso de Histeria. Três Ensaios Sobre a Teoria da Sexualidade e Outros Trabalhos (1901-1905)**, Rio de Janeiro: Imago, 1996, pp. 80 e 91). Neste texto, por exemplo, Freud está tratando da “transferência” e refere à sublimação, dizendo que quando ocorre uma sublimação as transferências podem “até tornar-se conscientes ao se apoiarem em alguma particularidade real habilmente aproveitada da pessoa ou das circunstâncias do médico. São, portanto, edições revistas, e não mais reimpressões”.

<sup>1955</sup> FREUD, Sigmund. Três Ensaios Sobre a Teoria da Sexualidade. **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 07. Um Caso de Histeria. Três Ensaios Sobre a Teoria da Sexualidade e Outros Trabalhos (1901-1905)**. Ob. cit., p. 80.

<sup>1956</sup> FREUD, Sigmund. Três Ensaios Sobre a Teoria da Sexualidade. **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 07. Um Caso de Histeria. Três Ensaios Sobre a Teoria da Sexualidade e Outros Trabalhos (1901-1905)**. Ob. cit., p. 91, *verbis*: *O terceiro desfecho da disposição constitucional anormal é possibilitado pelo processo de “sublimação”, no qual as excitações hiperintensas provenientes das diversas fontes da sexualidade encontram escoamento e emprego em outros campos, de modo que de uma disposição em si perigosa resulta um aumento nada insignificante da eficiência psíquica. Aí encontramos uma das fontes da atividade artística, e, conforme tal sublimação seja mais ou menos completa, a análise caracterológica de pessoas altamente dotadas, sobretudo as de disposição artística, revela uma mescla, em diferentes proporções, de eficiência, perversão e neurose.*

<sup>1957</sup> CHEMAMA, Roland. **Dicionário de Psicanálise Larousse**. (Organizador). Tradução de Francisco Franke Settineri. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1995, p. 207.



com a possibilidade dele vir a sublimar o que lhe vem do inconsciente; sublimar os instintos preconceituosos, permitindo, em certa medida, procurar “minimizar” ou quiçá “solucionar” os possíveis conflitos psíquicos internos que provocaram aquele “quadro mental paranoico”, fazendo com que, no presente audiência, ele possa redirecionar a compreensão da fala da testemunha e do caso penal, a partir de provocações externas. Pretende-se, então, permitir-se criar as condições para que possa se operar uma mudança de rumo do objetivo da pulsão geradora do chamado “quadro mental paranoico”.

É importante compreender também que a questão relacionada à possibilidade do juiz produzir prova ou não, não é a causa da produção dos chamados “quadros mentais paranoicos” e, por mais que se doutrinem os magistrados a levarem em conta a complexidade e a impossibilidade de se obter uma verdade por correspondência, ainda assim, eles continuarão a construir hipóteses mentais sobre os fatos (ou sobre os rastros destes fatos) promovendo suas próprias reconstruções mentais discursivas dos fatos, mesmo inertes. Assim, uma “patológica ambição de verdade” como refere Salah Khaled Jr.<sup>1958</sup> pode até existir e o juiz pode até se conduzir ao longo do processo penal nessa linha, mas não é esse o dado relevante. O que importa, invertendo a lógica do raciocínio, é compreender que essa atividade do magistrado é que permitirá às partes uma maior efetividade do contraditório e da ampla defesa. Aí está o cerne do problema. O juiz, ativo ou não, repita-se, continuará sua busca, de forma consciente ou inconsciente. O problema é o que ele vai encontrar e como vai encontrar, isto é, se sozinho ou com a colaboração das partes. Saber quais rastros do passado o juiz está selecionando para alcançar o momento de-cisório, o momento de cindir o elo comunicativo, é que, de fato, torna-se relevante. E é aí que as decisões se tornam dialógicas e não monológicas<sup>1959</sup>; é aí que a intersubjetividade opera, afastando o modelo sujeito-objeto e premiando um modelo processual que se dê no plano sujeito-sujeito, sendo também este o momento em que se tentará frear o arbítrio que possa estar sendo produzido no silêncio do juiz. O inverso, portanto, do quanto sustentado por parte da doutrina moderna.

---

<sup>1958</sup> KHALED JR., Salah H. Ob. cit., p. 386.

<sup>1959</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**. Ob. cit., pp. 16 e ss..

Enfim, o que se deve provocar no juiz é, agora no campo da Filosofia, o que Gadamer refere como uma “transformação em configuração”, isto é, promover uma transformação que permita dizer que “aquilo que era antes não é mais”. Não uma mera “modificação”, pois esta “sugere que aquilo que se modifica permanece e continua sendo o mesmo”, mas uma “transformação em configuração” na qual “algo se torna uma outra coisa, de uma só vez e como um todo, de maneira que essa outra coisa em que se transformou passa a constituir seu verdadeiro ser, em face do qual seu ser anterior é nulo”<sup>1960</sup>.

Só assim, “o jogo” do processo penal – para usar a metáfora de Gadamer, igualmente trabalhada por outros autores, a exemplo de Alexandre Moraes da Rosa<sup>1961</sup> – e as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa “alcançam sua idealidade”<sup>1962</sup>, o que se dá no presente da audiência, como se passa a expor.

## **Seção V – As garantias do contraditório e da ampla defesa e o “senso comum teórico-crítico dos juristas”.**

*Os motivos da sentença obrigam ao reexame da causa quanto à sua boa ou má qualidade. E também conduzem à meditação sobre os argumentos do Juiz que, mesmo decidindo na linha da pretensão do Advogado, aduz argumentos e ilações diferentes que o surpreendem e fazem-no indagar em silêncio: “Mas por que eu não pensei nisso?”*

(RENÉ ARIEL DOTTI)<sup>1963</sup>

*TITO – Meus venerandos padres, escutai-me! Parai, nobres tribunos! Por piedade à minha idade, cujos anos jovens foram gastos em guerras perigosas, enquanto vós dormíeis calmamente, por todo o sangue que eu verti na grande causa de*

<sup>1960</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., pp. 165-166.

<sup>1961</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Ob. cit.

<sup>1962</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., pp. 165 e ss..

<sup>1963</sup> DOTTI, René Ariel. **Breviário Forense. Crônicas da experiência de um Advogado**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 90.

*Roma, pelas noites frias que a velar eu passei e pelas lágrimas que ora vedes a encher os velhos sulcos de minhas faces: sedes compassivos com meus filhos ora condenados, que alma tão corrompida não possuem, como em geral se pensa. (...) Atira-se ao chão. Os senadores, tribunos, etc. passam por ele e saem com os prisioneiros). (...) Tribunos reverendos, gentis velhos, soltai meus caros filhos, comutai-lhes a sentença de morte, permitindo que vos afirme quem não chorou nunca que hoje lágrimas teve eloquentíssimas.*

*LÚCIO – Ó nobre pai! É em vão que chorais tanto. Nenhum tribuno vos estás ouvindo; não há ninguém aqui. À pedra dura relatais vossas mágoas.*

(WILLIAM SHAKESPEARE)<sup>1964</sup>

Como adverte Pedro Aragoneses Alonso, seguindo o pensamento de Carnelutti, o processo pode produzir “fins anormais” e “ilícitos” sob duas óticas fraudulentas: uma unilateral e outra bilateral. Interessa, neste ponto, o que estes dois importantes autores, ainda que raciocinando mais à luz do processo civil, consideram como “fraude unilateral”. Esclarece Pedro Aragoneses Alonso que esta fraude é até certo ponto imanente ao processo, pois cada um dos contentores trata de que se resolva o litígio de forma mais conveniente aos seus interesses. Porém, diz Aragoneses Alonso: essa “fraude unilateral” é destruída, precisamente, com o contraditório<sup>1965</sup>. Ainda que no processo penal a dinâmica dos interesses em jogo seja um pouco diversa, não há como se afastar do risco dessa referida “fraude unilateral” se impor – até mesmo de forma inconsciente – e vem daí a importância do contraponto, da contra-argumentação, da contraposição dialética das ideias ao longo do processo.

Portanto, não à toa, na Constituição da República brasileira, orientada pela ideia fundante de um Estado Democrático de Direito, o contraditório é alçado à categoria de garantia do cidadão, estando a ampla defesa a ele vinculada, umbilicalmente, no mesmo inciso LV do art. 5º. Dois importantes princípios e duas importantes e

<sup>1964</sup> SHAKESPEARE, William. **Tito Andrônico**. Edição de Ridendo Castigat Mores, versão para ebook, disponível em [www.jahr.org](http://www.jahr.org), acesso em 06 de junho de 2014, pp. 59 e 60.

<sup>1965</sup> ARAGONESSES ALONSO, Pedro. **Proceso y Derecho Procesal**. Ob. cit., p. 245.

fundamentais garantias das partes em juízo e, notadamente, do cidadão acusado de ter cometido um delito.

Na compreensão destes princípios constitucionais, particularmente em relação ao contraditório, até mesmo a doutrina moderna costuma apresentar uma concepção, em certa medida, muito mais formal do que material a respeito de como ele se efetiva. Aury Lopes Júnior, por exemplo, diz que “o contraditório deve ser visto basicamente como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter* procedimental”<sup>1966</sup>. A análise, como se vê, é circunscrita a poder se contrapor ao discurso da parte adversa e ter informação do quanto se desenvolve no processo. Aury até chega a destacar que “o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz”, dizendo que “não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo” e que, assim, “é necessário que o juiz participe intensamente”, porém, de imediato faz a ressalva, entre parênteses, ponderando ao leitor que não confunda essa referência com o “juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz”, mas apenas que este deve “responder adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (...) evitando atuações de ofício e as surpresas”<sup>1967</sup>. Como se vê, o tratamento é dado como direito de se informar, de reagir, e de contar com a consideração do juiz a partir da fundamentação na sentença. Claro que isso tudo é importante, mas se acredita ser possível ampliar ainda mais as garantias referidas, justamente a partir do ponto que é desconsiderado pela doutrina moderna.

Arrisca-se a dizer que talvez a análise hoje predominante na doutrina moderna tenha se mantido com aparência de satisfatória, em razão da redação do art. 155, do Código de Processo Penal brasileiro, dada após a reforma de 2008, quando se introduziu no texto originário de 1941 que permitia a “livre apreciação da prova” pelo juiz, a atual referência de que essa “livre apreciação” deve ser “da prova produzida em contraditório judicial”, induzindo no intérprete uma impressão de suficiência desse modelo, *verbis*:

---

<sup>1966</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 223.

<sup>1967</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Ob. cit., p. 222.

*Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*<sup>1968</sup>

De fato, em comentários à reforma de 2008, vários autores modernos de processo penal deram especial destaque para a referência ao “contraditório” na novel redação do art. 155 do Código de Processo Penal brasileiro, como se a inserção desse dado no texto legal tivesse permitido dar um salto de qualidade pleno e suficiente para o princípio e para as garantias do acusado no processo penal e como se essa nova redação tivesse conseguido amplamente imunizar o paradigma filosófico da consciência que acaba implicitamente sendo comunicado com a ideia de “livre apreciação da prova”<sup>1969</sup>. Se o juiz é autorizado a ter “livre convencimento”, a ser um “livre apreciador da prova”, incluir o contraditório nesse processo não basta, isto é, ainda que represente avanço em comparação ao texto original, diminui sua efetividade com a manutenção da referência comunicativa das liberdades de convencimento e valoração probatória do juiz. Então se repita: observar o contraditório no modelo dessa compreensão doutrinária e legal, ainda que tenha representado importante avanço em relação à redação originária de 1941 (é óbvio que a redação melhorou a efetividade das garantias em relação ao texto original), continua, para o âmbito de compreensão da prova que se dá no presente da audiência, sem ultrapassar a concepção de mero formalismo distintivo entre o que é “elemento informativo” com força probante reduzida ou mesmo nula e o que é “prova”, isto é, o que, tecnicamente, é capaz de ser valorado validamente pelo juiz na sentença. De resto, mantendo a referência à “livre apreciação da prova” no texto legal, manteve-se, como já referido em Seção anterior, igualmente o paradigma filosófico que “autoriza” a discricionariedade. A eficácia garantista do princípio do contraditório lido sob este prisma acaba não alcançado toda sua potência como se verá mais adiante.

<sup>1968</sup> BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. Ob. cit., p. 389.

<sup>1969</sup> Nesse sentido, a título ilustrativo, vide: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.960, de 09.06.2008. In: ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (Coordenadora). **As Reformas no Processo Penal. As Novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. São Paulo: RT, 2008, pp. 246-297, p. 249, *verbis*: A verdadeira pedra angular da nova disciplina da prova penal trazida pela Lei 11.690/2008 é a vinculação do próprio conceito de prova à observância do contraditório.

A doutrina estrangeira apresenta visão semelhante a respeito do princípio do contraditório, com discurso fortemente pautado pela máxima *audiatur et altera pars* e circunscrito ao direito de ser informado e de discutir<sup>1970</sup>. Ainda que raciocinando à luz de uma sua teoria geral do processo<sup>1971</sup>, Elio Fazzalari é considerado por vários autores modernos de processo penal<sup>1972</sup> como quem melhor trabalhou a questão do contraditório como garantia inserida num processo, dizendo que ele deve ser lido como

<sup>1970</sup> Nesse sentido, a título ilustrativo na doutrina estrangeira, vide: MATHIEU, Patricia. *Avant le "Procès Équitable": la place du contradictoire dans la procédure pénale française depuis l'époque médiévale*. In: **Le Contradictoire dans le Procès Pénal. Nouvelles Perspectives. Actes du colloque organisé le 8 décembre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles de Grenoble**. RIBEYRE, Cédric (Direction). Paris: Cujas, 2012, pp. 13-23.

<sup>1971</sup> Elio Fazzalari analisa inúmeros ramos processuais procurando traçar uma teoria que sirva para todos, não necessariamente na linha de Carnelutti (com a lide como razão de ser da jurisdição), mas numa linha na qual o contraditório é a "peça chave" da identificação do processo, permitindo se construir, a seu modo, uma teoria unitária. Diz o autor: *As informações detalhadas fornecidas até agora valem, talvez, para esclarecer melhor a nossa tarefa. Esta consiste - como anunciado - na identificação, reconhecimento e sistematização das "normas" que disciplinam os "processos", bem como "atos" e as "posições subjetivas" que se derivam: as quais resultam, em abstrato, em nosso ordenamento. E aqui está o plano da exposição. Vamos tentar, primeiro, aprofundar a noção de "processo" do ponto de vista formal, isto é, isolado como um "esquema" (ou "tipo") da teoria geral. (...) Como anunciado anteriormente, estas "instituições" cobrem uma setor de conhecimento - regras fundamentais dos vários tipos de processo e noções relacionadas - os quais podem ser especificados como "direito processual geral" (ou "direito processual" tout court: como está no título deste livro). Tradução nossa. No original, em italiano: *I ragguagli fin qui forniti valgono, forse, a chiarire meglio il nostro compito. Il quale consiste - come enunciato - nella individuazione, ricognizione e sistemazione delle "norme" che disciplinano i "processi", nonché degli "atti" e delle "posizioni soggettive" che ne derivano: quali risultano, in astratto, nel nostro ordinamento. Ed ecco il piano dell'esposizione. Cercheremo, innanzitutto, di approfondire la nozione di "processo" dal punto di vista formale, cioè isolato quale "schema" (o "tipo") di teoria generale. (...) Come preannunciato, queste "istituzioni" coprono un settore di conoscenza - regole fondamentali dei vari tipi di processo e relative nozioni - il quale può indicarsi come "diritto processuale generale" (o "diritto processuale" tout court: così nel titolo di questo libro)*. FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. Settima Edizione, Padova: CEDAM, 1994, pp. 67 e 69.*

<sup>1972</sup> *Verbi gratia*: ROSA, Alexandre Moraes da. O Processo (Penal) como Procedimento em Contraditório: Diálogo com Elio Fazzalari. In: **Novos Estudos Jurídicos - NEJ**, Vol. 11, nº 2, julho-dezembro de 2006, pp. 219-233. Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/434>, acesso em 10 de agosto de 2014: *Assim é que apesar dessa participação – sujeito do processo –, não se pode confundir a função do juiz com a das partes, eis que não assume a condição de contraditor, a qual é exercida pelos interessados, mas de terceiro, responsável, todavia, pela sua regularidade na produção dos significantes probatórios*. Em sentido similar: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 27: *Com Fazzalari, foi possível um salto epistemológico que retirou a decisão da esfera individualista, prescritiva e instrumental da razão prática do decisor*. Na mesma linha: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.960, de 09.06.2008. In: ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (Coordenadora). **As Reformas no Processo Penal. As Novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. Ob. cit., p. 250: *Como ensina Fazzalari, só o procedimento regulado de modo a que dele participem aqueles em cuja esfera jurídica o ato final produzirá efeitos, em simétrica paridade, pode ser chamado de processo*. E também: GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, pp. 108 e 109: *O contraditório é a garantia da participação das partes, em simétrica igualdade, no processo, e é garantia das partes porque o jogo da contradição é delas, os interesses divergentes são delas, são elas os "interessados e os contra-interessados" na expressão de Fazzalari...*

um procedimento em contraditório. Ou seja: o contraditório é necessário para que o processo exista e, processo sem contraditório, não é processo, mas outra coisa. Nas palavras do autor:

*Se, depois, o procedimento é regulado de tal modo que participam também aqueles em cujas esferas jurídicas o ato final é destinado a produzir efeitos (de tal forma que o autor deste tenha que levar em conta as suas atividades), e se tal participação é consignada de modo que os contrapostos “interessados” (aqueles que aspiram à emanção do ato final – interessados em sentido estrito – e aqueles que querem evitá-la – “contrainteressados”), estão no plano de simétrica paridade; então o procedimento compreende o “contraditório”, se faz mais articulado e complexo, e pelo “genus” “procedimento” está autorizado a incluir a “species” “processo”.*<sup>1973</sup>

Fazzalari foca, no entanto, apenas na questão da troca entre um “interessado” e um “contrainteressado”, dizendo que a “essência mesma do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos”, pois em relação a um deles “o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis e, ao outro, efeitos prejudiciais”<sup>1974</sup>. E ao ingressar na análise do processo penal italiano, levando em conta o quadro dicotômico dos sistemas acusatório e inquisitório (e acreditando também no sistema “misto”)<sup>1975</sup>, Fazzalari reafirma sua ideia de que o contraditório “se instaura e se desenvolve entre as partes”:

*O contraditório se instaura e se desenvolve entre as partes: o Ministério Público (magistrado de ordem judiciária, o qual, porém, exercita não a função do juiz, mas aquela de “requerente”, isto é,*

<sup>1973</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Ob. cit., p. 60. Tradução nossa. No original, em italiano: *Se, poi, il procedimento è regolato in modo che ci partecipino anche coloro nelle cui sfera giuridica l'atto finale è destinato svolgere effetti (talché l'autore di esso debba tener conto della loro attività), e se tale partecipazione è consegnata in modo che i contrapposti “interessati” (quelli che aspirano alla emanazione dell'atto finale – “interessati” in senso stretto – e quelle che vogliono evitarla – “controinteressati”-), siano sul piano di simmetrica parità; allora il procedimento comprende il “contraddittorio”, si fa più articolato e complesso, e dal genus “procedimento” è consentito enucleare la species “processo”.*

<sup>1974</sup> FAZZALARI, Elio. Ob. cit., p. 83. Tradução nossa. No original, em italiano: *L'essenza stessa del contraddittorio exige che vi partecipino almeno due soggetti” (...) l'atto finale è destinato a svolgere effetti favorevoli e sull'altro effetti pregiudizievoli.*

<sup>1975</sup> Fazzalari não aprofunda a análise desse tema, limitando-se a apresentá-lo num único parágrafo e remetendo, em nota de rodapé, às doutrinas de Leone, Cordero, Vanini, Pisapia, Malinverni, Montalbano, Paolozzi, Di Nanni, Valiante, Ferrua, Cristiani e Taormina. Estes autores, por sua vez, em grande parte também reproduzem discursos de outros autores, até retroagir a Carmignani, como destacado na Segunda Parte deste trabalho. (FAZZALARI, Elio. Ob. cit., pp. 254-255).

*requer a pronúncia jurisdicional: ainda o “nemo iudex sine actore”, ator sendo aqui o Estado na pessoa do M.P.); o imputado; a “parte civil”. Estes – os últimos através do ministério de procuradores legais – “dizem e contradizem” em torno de situações substanciais “de quibus”, isto é, sempre em torno de certa transgressão de uma norma penal e, no caso da presença da parte civil, também em razão da obrigação de ressarcir o dano e ao correspondente direito da parte lesada.*<sup>1976</sup>

E complementa sua compreensão do contraditório apresentando o que considera ser seu duplo momento: como “informação” e como “reação”. Ou seja: entende o contraditório no seu plano de se garantir à outra parte que tenha acesso ao quanto a primeira argumentou e, assim, possa lhe rebater os argumentos. Limita, portanto, em certa medida, o contraditório a esse “debate” entre o “interessado” e o “contrainteressado”, ainda que admita que o debate se dá no *iter* de formação do ato final do juiz.

Sucede que a argumentação desenvolvida pelo “interessado” não visa convencer ao “contrainteressado”, e vice-versa, mas a um terceiro que é o juiz. Fazzalari expressamente afirma considerar que “o autor do ato final não é, ao contrário, um contraditor nas vezes em que seja estranho aos interesses em disputa, isto é, não seja parte daquela situação (assim, o juiz, o árbitro)”<sup>1977</sup>. Para Fazzalari, então, fica claro que o juiz não deve participar do contraditório o que, para ele, permitiria amoldar o processo penal italiano ao “sistema acusatório”. Este tem sido hoje o que se pode chamar, com a já referida paráfrase de Warat, de “senso comum teórico-crítico da doutrina moderna”.

No entanto, como destacado, essa análise parece olvidar que o contraditório não serve para que uma parte convença a outra, mas para que uma delas convença ao juiz.

---

<sup>1976</sup> FAZZALARI, Elio. Ob. cit., pp. 253-254. Tradução nossa. No original, em italiano: *il contraddittorio s’instaura e si svolge fra le parti: il pubblico ministero (magistrato dell’ordine giudiziario, il quale esercita, però, non la funzione di giudice, ma quella “requirente”, cioè chiede la pronuncia giurisdizionale: ancora “nemo iudex sine actore”, attore essendo qui lo Stato in persona del p.m.); l’imputato; la “parte civile”. I quali – gli ultimi due per ministero di procuratore legale – “dicono e contraddicono” intorno alle situazioni sostanziali “de quibus”, cioè sempre intorno ad una certa trasgressione di una norma penale e, in caso di presenza della parte civile, anche in ordine all’obbligo di risarcire il danno ed al corrispondente diritto della parte lesa.*

<sup>1977</sup> FAZZALARI, Elio. Ob. cit, p. 86. Tradução nossa. No original, em italiano: *L’autore dell’atto finale non è, invece, un contraddittore quante volte sia estraneo agli interessi in contesa, cioè non sia parte di quella situazione (così, il giudice, l’arbitro).*



E, mais do que isso, para que o contraditório consiga atuar como fator imunizante do decisionismo valorativo das provas por parte do magistrado. Interessante, nesse prisma, a definição de contraditório dada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Vermeulen c. Belgique* (1996), quando assentou que o contraditório “implica a faculdade dada às partes, num processo penal ou civil, de tomar conhecimento de todas as peças ou observações apresentadas ao juiz, que deve ser um magistrado independente, em vias de influenciar sua decisão e de discuti-la”<sup>1978</sup>.

De fato, o contraditório e a ampla defesa, como princípios garantistas das partes processuais, somente fazem sentido pleno se compreendidos como voltados a produzir efeitos em relação a um destinatário: o juiz. E na influência da tomada de decisão deste, a questão deve ser objeto de discussão, pois a hermenêutica se dá, como refere Gadamer, com a pretensão de evitar ou ao menos “suspender” a prevalência dos pré-conceitos originários e inautênticos, evitando, também, a prevalência da discricionariedade. Como já se referiu na primeira Parte deste trabalho, Gadamer considera que, na interpretação, a compreensão “atualiza” o que ela abre de sentidos possíveis. Porém, se repita: para a Hermenêutica Filosófica, a compreensão atualiza esses sentidos sem que a pessoa fique presa aos seus preconceitos e pressupostos iniciais, pois esse “projeto prévio” deve “ir sendo constantemente revisado (...) conforme se avança na penetração do sentido”<sup>1979</sup>. Reiterando o quanto se anotou supra, Gadamer esclarece que “quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas”<sup>1980</sup> e, assim, é através da revisão constante do projeto prévio de sentido, decorrente de “projetos rivais” que “possam se colocar lado a lado” na antecipação de “um novo projeto de sentido”, que faz com que a interpretação que começou “com conceitos prévios” possa permitir que eles sejam substituídos por outros mais adequados, “até que se estabeleça

<sup>1978</sup> COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Vermeulen c. Belgique. Requête n° 19075/91*. Strasbourg, 20 de fevereiro de 1996. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-62544#{"itemid":\["001-62544"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-62544#{), acesso em 13 de setembro de 2014. Tradução nossa. No original, em francês: *Celui-ci implique en principe la faculté pour les parties à un procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter.*

<sup>1979</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 356.

<sup>1980</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 356.

univocamente a unidade de sentido”<sup>1981</sup>. E complementa dizendo que “a compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrarias”<sup>1982</sup>. E é aí que reside o ponto relevante: não há como garantir às partes que o juiz exercitará, sozinho, em mecanismo autorreferente, esse desapego dos prévios sentidos. Ao contrário, a pulsão impele o magistrado a mantê-los no curso da audiência e da produção probatória que é justamente um dos principais momentos no qual pode ocorrer a compreensão e o processo decisório.

Portanto, se as partes querem que o juiz compreenda a prova, notadamente a fala da testemunha, é preciso criar condições para que o magistrado esteja disposto a deixar que o outro “lhe diga alguma coisa”, não se entregando “de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias”<sup>1983</sup>.

Neste contexto, os princípios do contraditório e da ampla defesa se revelam como mecanismos de imunização inseridos no corpo do processo para evitar que o juiz desenvolva – ou permaneça em – seu “quadro mental paranoico”, na importante contribuição de Cordero. É no exercício pleno destas garantias que Franco Cordero refere que as partes no processo penal procuram concretizar a “captura psíquica do julgador.”<sup>1984</sup>

Sucede que para serem realmente eficazes esses mecanismos de tentativa de imunização precisam produzir efeitos duradouros no receptor do debate, isto é, no receptor das teses de acusação e de defesa; insista-se: no juiz. Até porque, quando se produz uma prova em audiência e quando se comunica uma defesa de tese a alguém, espera-se que o receptor as compreenda e se espera, igualmente, que ele dê a resposta desejada pelo comunicante<sup>1985</sup>, atualizando os sentidos prévios que possuía do caso. No caso da defesa do acusado, espera-se a absolvição; no caso do Ministério Público, espera-se o acolhimento de sua tese (condenação ou até mesmo a absolvição).

---

<sup>1981</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 356.

<sup>1982</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 356.

<sup>1983</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 358.

<sup>1984</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Ob. cit., p. 194.

<sup>1985</sup> BERLO, David K. **O Processo da Comunicação. Introdução à Teoria e à Prática**. Tradução de Jorge Arnaldo Fontes. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 17.

Porém, como se sabe, nem sempre a resposta dada pelo magistrado corresponde à expectativa do comunicante originário, ainda mais quando ele fica com absoluta liberdade para valorar a prova, sem constrangimentos efetivos que façam com que ele saia dos sentidos arbitrários e prévios que possui e que minimizem e até mesmo evitem o caráter alucinatório da evidência.

Enfim, esse descompasso entre a expectativa e a resposta diferente pode decorrer de uma série de fatores, mas o mais comum é que ele decorra da falha na comunicação (na insuficiência da argumentação/na deficiência da persuasão) ou no distanciamento do receptor em relação ao quanto pretendido pelo comunicante, considerando que aquele já havia decidido mentalmente a respeito do objeto da comunicação, fruto, muitas vezes, de seus pré-conceitos ou pré-juízos de valor ou até mesmo da falha na recepção da prova. Neste caso pode haver uma incompatibilidade entre o objetivo da fonte da comunicação e o do receptor, situação que leva à não compreensão, ou à má compreensão e ao rompimento da comunicação, como alerta David K. Berlo:

*Quando os objetivos da fonte e do receptor são incompatíveis, rompe-se a comunicação. Quando são independentes, ou complementares, a comunicação pode prosseguir. Em qualquer caso, tanto a fonte como o crítico precisam perguntar a razão, mas do ponto de vista com que o receptor participa da experiência de comunicação.*<sup>1986</sup>

Então, se o receptor da comunicação – o juiz – já “de-cidiu” a respeito do caso, isto é, se já tomou uma posição, é porque ele já rompeu com o elo comunicativo que o mantinha interessado nas perguntas das partes e no quanto a testemunha tinha a dizer. Como já referido, “de-cidir” vem de “cortar fora”. E, se o regramento processual estabelecer que o magistrado deva ser absolutamente inerte, como pregam os defensores da adoção de um sistema acusatório pretensamente “puro”, esse quadro cognitivo mental prévio não sendo externado no presente da audiência, ele também acaba não chegando ao conhecimento de quem está comunicando. Os princípios da ampla defesa e do contraditório, nestas circunstâncias, não alcançam toda sua potencialidade, podendo, até mesmo, dependendo do caso, restarem resumidos a

---

<sup>1986</sup> BERLO, David K. Ob. cit., p. 17.

meras garantias formais, sem possibilidade de efetivação e colaboração para provocação de uma mudança de pensamento no magistrado. Pode se dar, então, ainda que de forma implícita, a prevalência compreensiva, pelo juiz, de que ele tem plena liberdade para se convencer e, daí para o decisionismo e o arbítrio não sobra muito espaço. Assim, não ser capaz de interferir na compreensão do caso pelo juiz, acessando o que vai à sua mente no curso da audiência, é caminhar na contramão do paradigma filosófico da intersubjetividade e se aproximar ainda mais do paradigma filosófico da consciência.

E o mais curioso disso é que tanto o “senso comum teórico” da doutrina tradicional quanto parcela da doutrina moderna não percebem essa problemática toda, obnubilados que estão; o primeiro pela distorcida ideia de busca da verdade material como norte; e o segundo pelas igualmente equivocadas ideias de que qualquer postura ativa do magistrado seria “inquisitória” e que, em dúvida, o magistrado sempre julgará a favor do réu.

Partindo dessas premissas pregam, então, agora num senso comum teórico compartilhado, o discurso de que a ampla defesa se garante com a participação pessoal do acusado (autodefesa) agregada à presença e participação de um defensor técnico. Até conseguem perceber a necessidade de que a garantia da ampla defesa e do contraditório não sejam formais, porém interpretam essa questão apenas no plano de que “não basta qualquer defesa técnica” e que ela “deve ser efetiva”. Com essa ressalva, no entanto, querem apenas referir que o advogado deve ter qualidade técnica suficiente para defender juridicamente o acusado, sob pena de nulidade do ato. Olvidam, portanto, que a garantia formal destas duas participações – do réu e de seu defensor (ainda que o defensor seja um excelente conhecedor do direito e possua ampla capacidade de argumentação) – não basta a dar conta de uma – agora sim – “efetiva” recepção do discurso pelo magistrado.

Exemplo facilmente constatável desse quadro ocorreu no famoso julgamento da Ação Penal 470 no Supremo Tribunal Federal brasileiro, no caso conhecido como do “mensalão”. Logo no início do julgamento, foi dada a palavra aos inúmeros – e preparados/renomados/qualificados – advogados de defesa dos acusados, que se revezaram na tribuna para fazer a veemente defesa técnica oral de seus clientes. No

entanto, em diversos momentos, como foi mostrado à exaustão nos meios de comunicação, alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal chegaram a dormir durante a fala dos advogados<sup>1987</sup>, desconsiderando, na prática, aquele apenas “solene” e meramente “formal” momento em que a ampla defesa era “garantida”. Uma garantia nestes moldes chega em determinados casos a ser apenas uma garantia de fachada. Alguém poderia argumentar que a regra não é que os juízes durmam e que o sono não ocorreu durante a produção de provas. No entanto, o que importa destacar com o exemplo é que esse comportamento decorreu essencialmente do fato de que os Ministros compareceram ao julgamento com seus votos já prontos, escritos, decididas todas as questões antes da fala dos advogados. Se no momento da produção da prova o juiz também já decidiu mentalmente a respeito do fato, o que as partes disserem será de pouca valia para chamar sua atenção. Assim, a ampla defesa naquele momento foi assegurada muito mais *pro forma*, como quem diz: “é preciso passar por isso para depois apresentar o que já tenho em mente sobre o caso”. Desta forma, se não há diálogo, se não há como interferir na formação do juízo de valor antes da decisão ser tomada e externalizada pelo magistrado, em diversas oportunidades ao longo do procedimento, garantir o contraditório e a ampla defesa não alcança a potencialidade plena que seria capaz de garantir efetivos momentos de influenciar a forma de o julgador pensar sobre o caso.

O processo penal, portanto, necessita de garantias que atuem de forma tal que permitam realmente imunizar a ameaça de o juiz decidir conforme seus pré-juízos e pré-conceitos. As garantias precisam funcionar como técnicas de imunização que permitam dizer que não vai acontecer de o juiz julgar apenas com suas impressões, por vezes tortas do caso. As garantias, enfim, precisam imunizar a possibilidade de o julgador decidir pela condenação em razão de ter uma formação pessoal que o leve a pensar que será melhor punir em determinados casos, mesmo diante de uma dúvida razoável.

---

<sup>1987</sup> Vide, dentre outras, a reportagem com as fotos dos Ministros dormindo, publicada na internet, no site Yahoo notícias do dia 06 de agosto de 2012. Disponível em <http://br.noticias.yahoo.com/ministros-s%C3%A3o-flagrados-dormindo-no-julgamento-do-mensal%C3%A3o-.html>, acesso em 05 de agosto de 2013.

E muito desse papel de ampliação da efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa se dá no curso da audiência de instrução probatória, por ocasião da ouvida das testemunhas, notadamente em decorrência da complexidade, da falha comunicacional natural nos relatos testemunhais e da ampla adoção desse meio de prova. E se dá com a participação – ainda que secundária – do juiz já que a prova testemunhal o tem como destinatário.

Assim, com essa recolocação da importância das garantias do contraditório e da ampla defesa se conseguirá melhores resultados no intuito de imunizar do uso abusivo da retórica decisória na sentença. O contraditório e a ampla defesa, portanto, devem ser atuantes no presente da audiência do processo de forma efetiva e comunicativa com o magistrado no modelo que aqui se propõe. A ameaça mais perigosa à maior efetivação destes princípios é a que permita bloquear a complexidade característica da produção probatória em relação à formação da decisão do juiz, notadamente em relação ao quanto sucede de reconstrução – primeiro mental e depois narrativa – dos fatos pelo juiz na sentença, e do quanto isso possa ser deturpado com a inércia absoluta do magistrado. Assim, ao contrário do “senso comum teórico-crítico”, é justamente a complexidade deste momento que acaba sendo a garantia de se ter presente, na audiência, as condições de possibilidade de mudança na forma de pensar do magistrado, como se verá nas Seções a seguir.

## **Seção VI – Reconhecimento fática no presente e na complexidade da audiência de instrução e o processo decisório: o paradoxo de Jano e a parcial solução da Hermenêutica Filosófica.**

*Jano, nos portões da eterna presença  
Com a primeira cabeça tudo o que vê  
Memórias do passado de tudo o que foi  
De fracassos e sucessos da humanidade  
Da constante luta para se viver!*

*Jano, nos portões da eterna presença  
Com a segunda cabeça tudo o que vê  
Esperanças do futuro de tudo que virá*

*De fracassos e sucessos da humanidade  
Da constante luta para se viver!*

*Jano, nos portões da eterna presença  
Com as duas cabeças pode compreender  
O ser que continuamente se torna não-ser  
O não-ser que continuamente se torna ser  
A sucessiva luta da felicidade com a infelicidade.  
(CONSTANTIN CONSTANTIUS<sup>1988</sup>)*

*Dezenove anos havia vivido como quem sonha: olhava sem ver, ouvia sem ouvir, esquecia-se de tudo, de quase tudo. Ao cair, perdeu o conhecimento; quando o recobrou, o presente era quase intolerável de tão rico e tão nítido, e também as memórias mais antigas e mais triviais. Pouco depois averiguou que estava paralítico. Fato pouco o interessou. Pensou (sentiu) que a imobilidade era um preço mínimo. Agora a sua percepção e sua memória eram infalíveis.(...)  
Essas lembranças não eram simples; cada imagem visual estava ligada a sensações musculares, térmicas, etc. Podia reconstruir todos os sonhos, todos os entresonhos. Duas ou três vezes havia reconstruído um dia inteiro, não havia jamais duvidado, mas cada reconstrução havia requerido um dia inteiro. Disse-me: Mais lembranças tenho eu do que todos os homens tiveram desde que o mundo é mundo.(...)  
Este, não o esqueçamos, era quase incapaz de idéias gerais, platônicas. Não apenas lhe custava compreender que o símbolo genérico cão abarcava tantos indivíduos díspares de diversos tamanhos e diversa forma; perturbava-lhe que o cão das três e catorze (visto de perfil) tivesse o mesmo nome que o cão das três e quatro (visto de frente). Sua própria face no espelho, suas próprias mãos, surpreendiam-no cada vez. (...)  
Havia aprendido sem esforço o inglês, o francês, o português, o latim. Suspeito, contudo, que não era muito capaz de pensar. Pensar é esquecer diferenças, é generalizar, abstrair.*

---

<sup>1988</sup> CONSTANTIUS, Constantin. **Visão Paradoxa de Jano.** Disponível em <http://essenciaeexistencia.blogspot.com.br/2008/12/viso-paradoxa-de-jano.html>, acesso em 06 de novembro de 2014.

*No mundo abarrotado de Funes não havia senão detalhes, quase imediatos.*

(JORGE LUIS BORGES)<sup>1989</sup>

O deus romano Jano (*Janus*) é representado por duas faces, uma olhando para frente, outra para trás, simbolizando antever o futuro e conhecer o passado<sup>1990</sup>. Situação similar se dá com o processo penal que funciona dentro dessa pretensão de conhecer o passado e, ao mesmo tempo, prever o futuro. Essa comparação com a visão mitológica, no entanto, acaba se revelando precária quando compreendida no contexto da complexidade da comunicação, da compreensão e da decisão como dados centrais da audiência no processo penal, e quando se reformula a problemática da temporalidade, do risco e do futuro, como se passa a expor.

Admitindo a estrutura do pensamento de Heidegger e fortemente influenciado pela análise sistêmica de Niklas Luhmann, Raffaele De Giorgi considera ser importante compreender a centralidade do tempo, pela constituição da sociedade, esclarecendo que isso não é só um problema semântico, mas é um problema constitutivo da sociedade, pois tudo que acontece, acontece na sociedade e tudo é produzido no tempo<sup>1991</sup>.

Assim, diz De Giorgi, a sociedade que se representa como moderna se preocupa com o presente, mas não com o passado ou o futuro<sup>1992</sup>.

Essa questão é bastante significativa para a compreensão do papel da audiência de instrução no processo penal, já que nela se procura, no presente, promover uma reconhecimento do passado se projetando um futuro na sentença. Nesta audiência o que se tem é um juiz que não conhece e que precisa conhecer, como destacado por Jacinto Coutinho<sup>1993</sup>. E “conhecer”, como refere o filósofo português

<sup>1989</sup> BORGES, Jorge Luis. Funes o Memorioso. In: **Jorge Luis Borges: Prosa Completa**. Volume 1, tradução de Marco Antonio Franciotti. Barcelona: Bruguera, 1979, pgs. 477-484.

<sup>1990</sup> KURY, Mário da Gama. **Dicionário de Mitologia Grega e Romana**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 222.

<sup>1991</sup> DE GIORGI, Raffaele. Aula do dia 22 de maio de 2013. In: **Curso "A função do Direito e do Risco na Construção do Futuro"**. Curitiba: UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito. Escola de Altos Estudos, de 22 de Maio a 12 de Julho de 2013.

<sup>1992</sup> DE GIORGI, Raffaele. Aula do dia 22 de maio de 2013. In: **Curso "A função do Direito e do Risco na Construção do Futuro"**. Ob. cit..

<sup>1993</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito**. Ob. cit., p. 79.



Fernando Gil<sup>1994</sup>, guarda intrinsicamente correlação com pretensões de verdade, pois o “imperativo da verdade deriva diretamente do que se poderia chamar a evidência intrínseca da significação do verbo ‘conhecer’”. Mesmo assim, no processo penal não é de buscas de “verdades absolutas” que se deve ocupar – como já se deixou patente na Primeira Parte da tese –, mas de técnicas de diminuição ou de imunização das possibilidades decisionistas; da substituição do paradigma da consciência pelo da linguagem e da intersubjetividade. Assim, vale também a consulta à etimologia da palavra “conhecer”, a qual vem do latim “*cognoscere*”<sup>1995</sup> ou “*cognitio*”, sendo formada pelo prefixo “*co*”, “*cum*”, significando “junto, com”, acrescido da letra “*g*”, raiz do verbo “*gignoma*” (“gerar, nascer”) e também de “*noscere*” (entender)<sup>1996</sup>. Outra referência é que “*gnoscere*” vem do grego “*ginnoskein*” e significa “saber”<sup>1997</sup>. “Conhecer”, portanto, etimologicamente, significa “nascer junto, entender junto, saber junto/com”.

Então, repita-se, para não se perder a ideia, na audiência de instrução probatória no processo penal se tem um juiz que não “conhece” e, precisa, no presente, “conhecer” – saber, entender junto – um passado que não existe mais, para permitir que num futuro – que ainda não existe – possa externar sua decisão sobre o caso penal. Esse juiz deve, então, “conhecer” – isto é, entender, saber, junto – com os demais presentes em audiência o que ocorreu no passado. Sucede que ele acaba agindo sob o paradoxo de Jano de estar entre dois momentos (passado e futuro) isto é, de estar sob o paradoxo de um presente que não contém nem o passado, nem o futuro, nos termos de que fala Raffaele De Giorgi seguindo a compreensão da temporalidade heideggeriana. De fato, pode-se compreender o presente apenas com essa representação paradoxal, dele ser a unidade de uma diferença entre o passado e o futuro. E cada vez que se constrói essa unidade, ela também se transforma e é nessa dinâmica – e nesse paradoxo constante – que se insere a discussão do juiz poder também interferir, junto com as partes e com as testemunhas, frise-se, sempre no

<sup>1994</sup> GIL, Fernando. Reflexões Sobre a Prova, Verdade e Tempo. In: CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. Ob. cit., p. 160.

<sup>1995</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico. Volume I**. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 402.

<sup>1996</sup> ZIMERMAN, David E.. **Bion. Da Teoria à Prática: uma leitura didática**. 2ª ed., Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 160.

<sup>1997</sup> Conforme <http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/conhecer/>, acesso em 30 de julho de 2014.

presente em constante transformação, na coleta de dados passados para a construção de um futuro incerto.

Essa temporalidade e esse “saber junto” são, portanto, condições de possibilidade do *accertamento* do caso penal. Como diz Raffaele De Giorgi, o direito temporaliza o conflito social e, assim, o processo atribui-lhe sentidos variados, através de seleções de comunicações feitas no presente<sup>1998</sup>. A pergunta que surge nesse contexto é: seria prudente alijar completamente o juiz dessa construção conjunta do saber, dessa seleção de sentidos temporalizada, desse conflito social representado no caso penal em mesa no exato presente em que a recognição dos fatos é concretizada em audiência? De Giorgi contribui permitindo uma conclusão no sentido negativo à questão que se acaba de formular. De fato, se o único presente que está acontecendo é o que está acontecendo nessa comunicação, e isso anula os presentes dos demais, como diz Raffaele De Giorgi<sup>1999</sup>, é no presente da audiência – ainda que não exclusivamente, claro – que as coisas acontecem na formação da decisão judicial. E a audiência, como elemento central da produção probatória do processo penal é, assim como a sociedade, de uma complexidade que indica um excesso de possibilidades, de relações entre acontecimentos, entre eventos e entre manifestações de sentido.

Mas “a temporalidade é apenas um dos planos da convicção”, como alerta Fernando Gil<sup>2000</sup>, pois o sentido que se dá é sempre o resultado de uma seleção, ainda que não deva ser reduzida a uma mera “escolha” discricionária. O fato é que, em termos processuais, a decisão será dada em última análise e inevitavelmente pelo juiz. Assim, como não existe uma lei natural que diga que tal acontecimento tenha sempre tal sentido, pois os sentidos são atribuídos por quem interpreta, deve-se garantir a possibilidade das partes interferirem positivamente nesse processo de conhecimento e interpretação da fala das testemunhas em audiência “junto com” o juiz e não “sem ele”. Até porque, como diz Raffaele, se o sentido é uma “determinação que bloqueia uma,

---

<sup>1998</sup> DE GIORGI, Raffaele. Aula do dia 23 de maio de 2013. In: **Curso "A função do Direito e do Risco na Construção do Futuro"**. Curitiba: UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito. Escola de Altos Estudos, de 22 de Maio a 12 de Julho de 2013.

<sup>1999</sup> DE GIORGI, Raffaele. Aula do dia 22 de maio de 2013. In: **Curso "A função do Direito e do Risco na Construção do Futuro"**. Curitiba: UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito. Escola de Altos Estudos, de 22 de Maio a 12 de Julho de 2013.

<sup>2000</sup> GIL, Fernando. Reflexões Sobre a Prova, Verdade e Tempo. In: CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. Ob. cit., p. 180.

dentre outras possibilidades”, ao mesmo tempo ele “abre outras possibilidades”<sup>2001</sup>. Assim, no caso da audiência criminal, essa complexidade de sentidos que ao mesmo tempo bloqueia possibilidades e abre novas possibilidades fica muito evidente na dinâmica das trocas decorrentes do jogo de perguntas e respostas, que acaba gerando novas perguntas e novas respostas que se verifica nos depoimentos testemunhais, abrindo a possibilidade de novos sentidos. Essa gama de sentidos que pode ser extraída dos depoimentos testemunhais deve ser levada em conta não apenas na participação exclusiva das partes nesse processo, mas também na participação complementar do juiz, permitindo às partes, agora pela via efetiva do contraditório e da ampla defesa, interferir positivamente nas produções de novos sentidos, os quais acabam conduzindo ao processo decisório do juiz no presente da audiência.

Sucedem que para compreender como se possa alcançar a efetividade do contraditório e da ampla defesa no processo decisório do juiz, para além de meras garantias formais, não se pode desconsiderar a complexidade comunicativa da própria prova testemunhal, também ela um cabedal de sentidos do quanto apreendeu do fato e do quanto pretende dele revelar em audiência, como se passa a expor.

Quando a testemunha é instada a dizer o que sabe em juízo, deve-se levar em conta que ela o faz num ambiente de aparência hostil (como costumam ser as salas de audiência), perante estranhos, numa comunicação com os profissionais presentes à audiência, notadamente as partes processuais, que acaba sendo atravessada por um linguajar questionador, normalmente empolado, técnico e, por vezes, entrecortado, tudo somado à pressão do “compromisso legal de dizer a verdade” e de ser obrigada a se lembrar do passado e a revelar “tudo o que viu e sabe a respeito do fato”. Natural, portanto, que a testemunha preste seu depoimento sob um elevado nível de *stress* que a conduz a um intrincado jogo de revisitação mental do passado no presente. Tem-se, então, um momento no qual “o futuro” da sentença “não existe ainda (e a palavra *ainda* é uma petição de princípio)”, mas, por outro lado, o passado também “não mais existe,

---

<sup>2001</sup> DE GIORGI, Raffaele. Aula do dia 23 de maio de 2013. In: **Curso "A função do Direito e do Risco na Construção do Futuro"**. Curitiba: UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito. Escola de Altos Estudos, de 22 de Maio a 12 de Julho de 2013.

salvo sob a forma de memórias” como refere Iván Izquierdo<sup>2002</sup>. Mas se tem, sobretudo, uma ocasião de constrangimentos epistêmicos da fala da testemunha, operado pelas circunstâncias do momento e do local e, também, pelas intervenções das partes, pelo modo destas inquirirem a testemunha e, por esse mecanismo, buscarem inteirar o juiz do passado, através da testemunha.

O presente da audiência e da produção da prova testemunhal no processo penal tem, então, a pretensão de que a testemunha atualize o passado do fato imputado ao acusado e informe ao juiz o que sabe do caso penal. E, dependendo do que ela disser, o juiz poderá – ou não – tomar de imediato uma decisão mental sobre o caso penal e, no futuro, reconstruir discursivamente o fato na sentença<sup>2003</sup>.

Ao tratar da lembrança e da compreensão do passado histórico e da esperança que se tem no futuro, Julián Marías esclarece a dinâmica correlata ao “presente que confere realidade ao passado e ao futuro”, em plano similar àquele que também se verifica no processo penal:

*A lembrança é a presença de um passado enquanto passado. Da mesma maneira, a esperança de um futuro é a presença do futuro enquanto futuro. Portanto, vemos que é o presente que confere realidade ao passado e ao futuro. Se prescindindo do presente, o passado já não é, e o futuro não é ainda. Além do mais, dizer que o passado foi significa que foi presente; e o futuro será, entenda-se, presente. Que quer dizer isso? Que o passado como passado só existe num presente que o atualiza e em relação ao qual é passado.*<sup>2004</sup>

O tempo presente, nesse percurso e no momento da audiência da testemunha, é, portanto, fator importante, notadamente quando conjugado com a possibilidade e, até mesmo, a necessssidade do esquecimento de que o ser-no-mundo-testemunha precisa ter do que viveu no passado para se permitir viver o presente<sup>2005</sup>. Com efeito, como se vê dos trechos destacados no início desta Seção, no conto de Jorge Luis

<sup>2002</sup> IZQUIERDO, Iván. Memórias. In: **Estudos Avançados**. Volume 3, nº 06, São Paulo, maio/agosto de 1989. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141989000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141989000200006), acesso em 19 de agosto de 2014.

<sup>2003</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Verità, Dubbio, Certezza**. Ob. cit., p. 06: *E ricordare che prima si giudica e poi si ragiona*. E, também, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito**. Ob. cit., p. 86, *verbis*: *Decide-se antes (o que é normal, no humano, repita-se); e depois raciocina-se sobre a prova para testar a escolha*.

<sup>2004</sup> MARIAS, Julián. História da Filosofia. Ob. cit., p. 326.

<sup>2005</sup> IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 2ª ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 40

Borges, “Funes, o Memorioso”, para viver o presente é necessário esquecer o passado. Ao menos uma parte dele. Aliás, a questão não se resume aos contos fantásticos de Borges, pois, como relata Leonard Mlodinow, há o caso do “famoso mnemônico chamado Solomon Shereshevski”, que “consequia se lembrar com grandes detalhes de tudo que lhe havia acontecido”, com o registro de que “os detalhes costumavam atrapalhar sua compreensão”, tendo, inclusive, problemas com a linguagem, como descreve Mlodinow:

*O lado negativo da impecável memória de Shereshevsky era que os detalhes costumavam atrapalhar sua compreensão. Por exemplo, ele tinha uma grande dificuldade de reconhecer fisionomias. A maioria de nós guarda na memória a fisionomia dos rostos de que nos lembramos; quando vemos alguém que conhecemos, identificamos a pessoa comparando o rosto que estamos vendo com um dos rostos desse catálogo limitado. Mas a memória de Shereshevsky guardava muitas versões de cada rosto que já tinha visto. Para ele, cada vez que um rosto mudava de expressão, ou fosse visto sob luz diferente, era um novo rosto, e ele se lembrava de todos. Assim, para ele as pessoas não tinham um só rosto, mas dezenas; quando encontrava alguém que conhecia, comparar o rosto daquela pessoa com aqueles que guardava na memória significava a busca em um vasto inventário de imagens para tentar encontrar o equivalente exato do que estava vendo.*

*Shereshevsky tinha problemas semelhantes com a linguagem. Se você falasse com ele, ainda que conseguisse sempre repetir suas palavras exatas, ele tinha problemas para entender o raciocínio.*<sup>2006</sup>

Assim, o que se tem é que o cérebro humano normal precisa operar constantemente provocando apagamentos do passado. Do contrário, viver-se-ia apenas o passado e nunca o presente, tal qual a personagem Irineo Funes do conto de Borges ou se teria dificuldades enormes de viver e de se comunicar, como se deu no caso real de Salomon Shereshevsky.

Levando em conta essa necessidade do esquecimento, e igualmente considerando que a testemunha é ser-no-mundo presa à sua faticidade e sua temporalidade, para seguir vivendo ela esquece. Por vezes, quando a memória seria traumática, a testemunha reprime e “joga” sua “memória” para o inconsciente, como

---

<sup>2006</sup> MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Ob. cit., pp. 77-78.

refere Freud<sup>2007</sup>. O interessante é que esse “pedaço” da memória que se tornou inconsciente, segundo Freud, não sofre a influência do apagamento com o tempo, estando presente sempre, porém, sem o controle da consciência<sup>2008</sup>. Porém, pior do que “apenas” esquecer ou reprimir o que se tem em algumas ocasiões, é que a testemunha esquece até mesmo o pouco que havia permanecido na consciência, o pouco que conseguiu apreender dos rastros do fato presenciado, principalmente quando ausente alguma emotividade que provoque a fixação da memória<sup>2009</sup>. A problemática da prova testemunhal se inicia, assim, pela compreensão de que o ser humano não consegue apreender na consciência o todo de um determinado fato presenciado e tende a esquecer – ou reprimir – boa parte do que conseguiu assimilar, em razão do decurso de tempo. A testemunha de um delito, portanto, capta, quando muito, visões parciais, flashes do fato, determinados ângulos de análise, certos detalhes que foram considerados marcantes pela emoção do momento, “fragmentos de experiências”, como refere Daniel Stern<sup>2010</sup>, mas não o todo dele. E nesse processo de memorização a testemunha não registra o que viu em formas de fotografias perenes que pudessem ser consultadas mentalmente a qualquer momento, conforme explica precisamente António Damásio:

*As imagens não são armazenadas sob a forma de fotografias fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens; nem armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com “deixas” ou mensagens de teleprompter*

<sup>2007</sup> FREUD, Sigmund. O Inconsciente (1915). In: **Obras Completas. Volume 12. Introdução ao Narcisismo, Ensaios de Metapsicologia e Outros Textos (1914-1916)**. Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 100.

<sup>2008</sup> FREUD, Sigmund. O Inconsciente (1915). Ob. cit., p. 128: *Os processos do sistema lcs são atemporais, isto é, não são ordenados temporalmente, não são alterados pela passagem do tempo, não têm relação nenhuma com o tempo. A referência ao tempo também se acha ligada ao trabalho do sistema Cs.*

<sup>2009</sup> IZQUIERDO, Iván; BEVILAQUA, Lia R. M.; CAMMAROTA, Martín. A Arte de Esquecer. In: **Estudos Avançados**. Vol. 20, nº 58, 2006, p. 289. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v20n58/22.pdf>, acesso em 19 de agosto de 2014, verbis: *A maioria de nós lembra com detalhes o que estava fazendo, onde e com quem, no momento em que morreu Ayrton Senna; ninguém se lembra do que aconteceu 24 horas antes ou depois. A morte do Senna é uma memória altamente emocional, que recordaremos sempre porque foi gravada de maneira indelével (ver comentário no final deste artigo); as memórias do dia anterior e do dia posterior correspondem a memórias inexpressivas, que logo esquecemos para sempre.*

<sup>2010</sup> STERN, Daniel N. **O Momento Presente na Psicoterapia e na Vida Cotidiana**. Tradução de Celimar de Oliveira Lima, Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2007, p. 224.

*do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida. (...) Dada a enorme quantidade de conhecimento que adquirimos durante a vida, qualquer tipo de armazenamento fac-similar colocaria provavelmente problemas insuperáveis de capacidade. Se o cérebro fosse como uma biblioteca convencional, esgotaríamos suas prateleiras à semelhança do que acontece nas bibliotecas. Além disso, o armazenamento fac-similar coloca também problemas difíceis de eficiência do acesso à informação. Todos possuímos provas concretas de que sempre que recordamos um dado objeto, um rosto ou uma cena, não obtemos uma reprodução exata, mas antes uma interpretação, uma nova versão reconstruída do original. Mais ainda, à medida que a idade e experiência se modificam, as versões da mesma coisa evoluem.*<sup>2011</sup>

Por vezes, alguns detalhes até são captados pela mente, mas não são processados de imediato, ou, como dito, são reprimidos e podem emergir subitamente e surpreender por terem sido olvidados na ocasião<sup>2012</sup>. Essa emersão do detalhe também pode ser confundida com elementos externos ao fato e posteriormente agregados, a exemplo das opiniões de terceiros, das notícias de mídia sobre o fato, e das trocas de impressões sobre o que se passou com outras testemunhas<sup>2013</sup>. Com efeito, nessa questão que envolve a aquisição e a conservação da memória pela testemunha, Iván Isquierdo acena com a necessidade de se levar em conta que no âmbito bioquímico respectivo, uma série de outros dados emocionais, sentimentais e anímicos acaba influenciando<sup>2014</sup>.

Assim, é grande a possibilidade de que a testemunha, a partir de determinado momento, não consiga mais “separar” o que efetivamente viu do fato, daquilo que lhe disseram sobre o fato, gerando até mesmo, em algumas ocasiões, as chamadas

---

<sup>2011</sup> DAMÁSIO, António R. **O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. 2ª ed., tradução de Dora Vicente e de Georgina Segurado, São Paulo: Companhia das Letras, 1996, pp. 127-128. No mesmo sentido a lição de MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Ob. cit., pp. 71 e ss..

<sup>2012</sup> DAMÁSIO, António R. Ob. cit., p. 134.

<sup>2013</sup> BRUM, Nilo Bairros de. Ob. cit., p. 76.

<sup>2014</sup> IZQUIERDO, Iván. Memórias. Ob. cit.

“falsas memórias” estudadas principalmente<sup>2015</sup> pelos norteamericanos Gary L. Wells<sup>2016</sup> e Elizabeth Loftus<sup>2017</sup>.

Ademais, ao reter fragmentos do fato, a testemunha procura armazená-los no cérebro, em sua consciência, através de associações, linguagem (às vezes, inclusive, por metáforas<sup>2018</sup> e metonímias<sup>2019</sup>) e imagens. E as lacunas que acabam existindo entre os fragmentos captados do fato, para serem coerentes quando da necessidade de externalização, necessitarão da capacidade linguística da testemunha que será utilizada justamente para preencher os vazios deixados entre os fragmentos captados e, com isso, procurar dar coerência ao seu discurso.

Assim, quando a testemunha é chamada a depor sobre o que se lembra do passado, além de superar o *stress* do momento, deve ter autocontrole e se esforçar para atualizar o passado no presente. Nesse processo, como se estava dizendo, as lacunas do quanto se havia fixado na memória serão invariavelmente preenchidas pela linguagem (e o inconsciente também sendo formado como linguagem, como já visto acima com Lacan, “colabora” nessa mecânica), levando em conta que quanto maior a capacidade linguística da testemunha, maior leque de palavras ela terá para preencher os vazios e procurar dar coerência ao relato. E, como igualmente já referido, na falta de alguma palavra, o que sucede é que a testemunha, para não externar aparência de falsidade em seu discurso, acaba colocando outra palavra no lugar, sem olvidar que essa palavra pode vir a florada de seu inconsciente. Assim, aquilo que foi apreendido do passado, poderá ser apresentado no presente como algo diverso sem que se possa dizer que a testemunha esteja necessariamente “mentindo”. Ao contrário, a testemunha

<sup>2015</sup> No Brasil, é relevante a contribuição, dentre outros, de STEIN, Lilian Milnitsky (Organ.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas implicações clínicas e jurídicas**. 12ª ed., Porto Alegre: Artmed, 2010. Importante, também, o trabalho de GESU, Cristina di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014 e de LOPES JR., Aury; GESU, Cristina Carla di. **Prova Penal e Falsas Memórias: em busca da redução de danos**. In: **Boletim IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo: IBCCRIM, ano 15, nº 175, pp. 14-16, jun. 2007.

<sup>2016</sup> WELLS, Gary; MEMON, Amina; PENROD, Steven D. *Eyewitness Evidence: Improving its Probative Value*. In: **Psychological Science in the Public Interest**. New York, v.7, n.2, 2006, pp. 45-75. Disponível em [http://public.psych.iastate.edu/glwells/Wells\\_articles\\_pdf/pspi\\_7\\_2\\_article\[1\].pdf](http://public.psych.iastate.edu/glwells/Wells_articles_pdf/pspi_7_2_article[1].pdf), acesso em 19 de agosto de 2014.

<sup>2017</sup> WELLS, Gary L.; LOFTUS, Elizabeth F.. *Eyewitness Memory for People and Events*. In: **Forensic Psychology**. New York, v.11, 2003, pp. 149-160. Disponível em <https://webfiles.uci.edu/eloftus/WellsLoftus03.pdf>, acesso em 19 de agosto de 2014.

<sup>2018</sup> STERN, Daniel N. **O Momento Presente na Psicoterapia e na Vida Cotidiana**. Ob. cit., p. 226.

<sup>2019</sup> LAKOFF, George; JOHNSON, Mark. **Metaphors We Live By**. London: The University of Chicago Press, 2003.



até se esforça para tentar reproduzir os padrões experimentais que vivenciou no passado, como explica mais uma vez António Damásio:

*Uma das tentativas de resposta a esse problema sugere que as imagens mentais são construções momentâneas, tentativas de réplica, de padrões que já foram experienciados, nas quais a probabilidade de se obter uma réplica exata é baixa, mas a de ocorrer uma reprodução substancial pode ser alta ou baixa, dependendo das circunstâncias em que as imagens foram assimiladas e estão sendo lembradas.*<sup>2020</sup>

Assim, mesmo com essa dificuldade de armazenamento do fato na memória, com a necessidade de esquecimento seletivo, com os processos de repressão e redirecionamento ao inconsciente, com a possibilidade do retorno incontrolado do inconsciente e diante da igual possibilidade das influências externas produzirem falsas memórias, a testemunha ainda se esforça para realizar uma “reprodução substancial” do fato vivenciado. Levando em conta essa complexidade, é importante que as condições de possibilidade de compreensão do que ela pretende reproduzir em audiência sejam amplas, não limitadas por formalismos exagerados que reduzem ainda mais o conjunto informativo de sua fala. Desta forma, para permitir o mais alto grau de obtenção da réplica imagética que a testemunha está procurando reproduzir, transparece como fundamental que as condições de possibilidade de compreensão da fala da testemunha pelo juiz sejam preservadas. Com efeito, quando o domínio da língua pela testemunha é amplo, a escorreita narrativa do quanto ela afirma ter sucedido no passado, transmite ao receptor juiz a segurança de uma efetiva – porém sempre parcial – atualização do passado. Do contrário, quanto menor a capacidade linguística da testemunha, menor sua capacidade de se fazer compreender e, portanto, menor a chance de seu depoimento ser crível, compreensível e assimilável na pretensão de atualização do passado.

Em plano equivalente de importância, diminuir o lapso temporal entre a data do fato presenciado pela testemunha e seu relato em juízo é fundamental nesse processo, pois, quanto mais tempo tenha decorrido, mais lacunas ela apresentará entre os fragmentos que ainda permanecem em sua mente e, portanto, mais

---

<sup>2020</sup> DAMÁSIO, António R. Ob. cit., p. 128.

necessário será que ela consiga acessar e dominar a linguagem para promover a ligação entre eles. Não raras vezes o tempo decorrido entre um primeiro depoimento prestado na fase investigativa e sua reprodução em juízo é tão amplo que se tem depoimentos absolutamente conflitantes entre aqueles colhidos na fase pré-processual (quando a distância temporal entre o fato e o relato da testemunha não era muita) e aqueles colhidos em juízo, anos depois do fato. Tem-se a impressão, inclusive, que a testemunha estaria deliberadamente mentindo, mas em boa parte dos casos não é de falseamento que se trata, mas de dificuldade de dar logicidade e coerência ao quanto restou de apreensão da cena presenciada no passado distante.

Em paralelo a essa dificuldade toda, não há como olvidar a igual possibilidade da testemunha estar efetivamente mentindo, por variadas razões, como refere mais uma vez Nilo Bairros de Brum:

*Para ilustrar a relatividade dos meios de prova não é necessário recorrer ao exemplo extremo de que existem escritórios de advocacia que mantêm “viveiros” de testemunhas profissionais. Basta lembrarmo-nos das falhas de percepção e memória das testemunhas, das distorções involuntárias pelas quais as testemunhas “mentem” por motivo de coleguismo, simpatia, antipatia, sentimento de classe, etc.<sup>2021</sup>*

Assim, com François Ost é importante entender que “quando o passado já não constitui autoridade e o futuro já não mobiliza as energias, a fonte do valor (validade) concentra-se na troca do presente”<sup>2022</sup>. É, portanto, no presente que se deve realizar a troca entre os que procurarão compreender o caso penal. E esse presente é, essencialmente, o presente da audiência. Nela as partes estão presentes, as testemunhas estão presentes e o juiz está presente. A “troca do presente”, referida por Ost, torna-se, então, possível. O “último” Cernelutti, com sua genialidade, já acenava a esse propósito e por isso – se valendo de Heidegger – percorreu a respeito do que sucede com o juiz nessa audiência:

*Voltemos agora a atenção ao juiz, deixando de lado as partes. O que faz o juiz quando julga? (...) Frente a seus olhos. Detenhamo-nos aqui. Chega à minha mente uma frase do mais trágico*

<sup>2021</sup> BRUM, Nilo Bairros de. Ob. cit., pp. 75-76.

<sup>2022</sup> OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999, p. 409.

*pensador da Alemanha atual, Martin Heidegger, que diz, para explicar o conceito de 'presente' 'algo está adiante'. Depois que a li, finalmente compreendi a 'prova', ou, melhor, o valor lógico da prova. O 'presente', o mais problemático dos conceitos, ou seja, o tempo, não é mais que a zona iluminada na frente do homem que caminha levando uma lanterna. Assim faz o juiz: tenta iluminar o máximo possível o caminho que se delineia à sua frente. Assim faz qualquer um que deve formar um juízo.*

*(...) Enquanto o juiz pergunta, tenta prolongar o presente. Mas, em certo ponto, para de perguntar. O presente então prolonga-se até os limites do possível.<sup>2023</sup>*

Assim, quando se procura saber do passado na audiência não se sabe dele em si, mas apenas de uma sua atualização parcial dada pela testemunha, pelo documento, pela perícia e, notadamente, pelos interlocutores e intérpretes no momento presente. Não é o passado que é apresentado pela testemunha, mas a atualização no presente de quem o atualiza. Por isso “prolongar o presente”, como refere Carnelutti, passa a ser fundamental no processo decisório do juiz e na pretensão de efetivação máxima das garantias do contraditório e da ampla defesa como se verá mais adiante.

---

<sup>2023</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Arte do Direito**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. São Paulo: Edicamp, 2001, p. 71.

**Capítulo IV – Criando condições de possibilidade para ampliar a efetividade do contraditório e da ampla defesa e diminuir a discricionariedade judicial no presente da instrução probatória.**

*Hoje não mais se pode pretender ter uma visão adequada do Direito se em jogo não estiverem as ideias de Heidegger e Gadamer (o que se vê na obra de Enrique Dussel e, no Brasil, por todos, Lenio Luiz Streck), tanto quanto as ideias de Freud e Lacan (o que se vê na obra de Pierre Legendre e, no Brasil, por todos, Agostinho Ramalho Marques Neto). Ora, parece inevitável, mais cedo ou mais tarde, um encontro com a linguagem.*

(JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO)<sup>2024</sup>

*A aliança entre Psicanálise e Filosofia não é necessária. Agora, enquanto pesquisador, por exemplo, que quer investigar outros aspectos do ser humano, certamente poderá oferecer contribuições importantes. (...) Acho, porém, que não podemos mais deixar de pensar sobre isso. Porque eu penso que houve entre nós durante muito tempo uma espécie de imperativo de ortodoxia de um tipo determinado.*

(ERNILDO STEIN)<sup>2025</sup>

Ainda que se tenha consciência do “risco de comprometer o resultado aplicativo do direito toda a vez que se lançar mão de “mixagens” de matrizes teóricas incompatíveis”, como alerta Lenio Streck<sup>2026</sup>, do quanto já se trabalhou ao longo do texto, vê-se que, de um lado e em certos aspectos, pode haver uma interseção entre a razão comunicativa e a razão hermenêutica, notadamente a partir de suas feições intersubjetivas e, de outro, há igual possibilidade de somar o aproveitamento das conclusões da Hermenêutica Filosófica com as análises de como atua a psique

<sup>2024</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Inquisitório e o Processo em “O Mercador de Veneza”. In: **Direito e Psicanálise: interseções a partir de “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare**. Ob. cit., p. 177.

<sup>2025</sup> STEIN, Ernildo. **Analítica Existencial e Psicanálise. Freud, Binswanger, Lacan, Boss. Conferências**. Ijuí: Editora Unijuí, 2012, p. 35.

<sup>2026</sup> STRECK, Lenio Luiz. Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo. In: **Observatório de Jurisdição Constitucional**. Ob. cit., p. 35.

humana, tanto a partir da Psicanálise, quanto da Psicologia Cognitiva e até mesmo a partir de algumas conclusões da Neurociência.

Vale o registro de que aqui se fala em “interseção”, como explica José Martinho, não como “interlocução, diálogo com a eventual finalidade de obter um consenso ou uma solução”, mas “convém entender a “interseção” como um real lógico ou que apenas encontra a sua consistência a partir da lógica simbólica”, algo como a “interseção dos conjuntos”, com alguns elementos em comum que pertencem aos dois “conjuntos”<sup>2027</sup>.

No primeiro plano de interseção, não obstante não se possa levar a razão comunicativa de Habermas em toda sua potencialidade, pois, como já visto, ela parte de uma falsa premissa de igualdade e de condições ideais de fala, impossíveis de atuar na prática, além de acreditar na possibilidade de uma discussão que parta de um grau zero de sentido, não há como desconsiderar que ela traz algo de positivo, pois admite a necessidade do diálogo, da comunicação, da intersubjetividade, com a participação de todos aqueles que de alguma forma possam influenciar no processo decisório. As filosofias de Heidegger e Gadamer também partem da ideia do *Dasein* saber que não está sozinho, que é um ser-com o outro, levando em conta o compartilhamento de horizontes e a pré-compreensão estruturante. Assim, identificar os pontos nos quais há possibilidade de formar, como refere José Martinho, um “subconjunto” com o que a razão comunicativa de Habermas tem de positivo com o que a razão hermenêutica de Gadamer tem de positivo e que pode ser compartilhado por ambos, é a tarefa que se impõe no processo penal de partes que atuam dialeticamente e que agem no intuito de instruir um terceiro que é o intérprete final da discussão.

Com efeito, se para Gadamer “a fusão de horizontes se dá entre o horizonte histórico do significado a ser interpretado e o horizonte histórico do intérprete”, o problema que ela apresenta, como alerta Simioni, é que “parece não haver espaço, na hermenêutica filosófica, para uma fusão de horizontes entre participantes de um

---

<sup>2027</sup> MARTINHO, José. A “Intersecção Direito-Psicanálise”. In: **Afreudite – Revista Lusófona de Psicanálise Pura e Aplicada**. Ano III, nº 05/06, Lisboa: Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, 2007, pp. 55, disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/afreudite/article/view/830/671>, acesso em 17 de maio de 2015, 63, p. 56.

diálogo ‘sobre’ um horizonte histórico”<sup>2028</sup>. Assim, torna-se plenamente compatível se operar a interseção também entre alguns aspectos da razão comunicativa habermasiana e outros da razão hermenêutica gadameriana. Como já referido, ambas premiam, a seu modo, a intersubjetividade, mas é de sua soma que a intersubjetividade se amplia para alcançar também o diálogo entre os envolvidos, quiçá promovendo, agora para usar a linguagem de Gadamer, uma “fusão sobre o horizonte histórico”, sem olvidar do juiz e sem descurar do papel das pré-compreensões estruturantes e das perguntas a serem formuladas pelo hermeneuta nesse processo comunicacional.

Acredita-se, então, que a interseção dos aspectos positivos destes dois horizontes – da razão comunicativa e da razão hermenêutica – é igualmente positiva e vem reforçar a necessidade de se permitir a participação do juiz na produção da prova testemunhal, inclusive autorizando-lhe formular perguntas que visam ampliar o quadro de compreensão da fala da testemunha. É como também conclui Rafael Lazzarotto Simioni:

*Um diálogo entre intérpretes pode acelerar uma compreensão autêntica na medida em que a compreensão de cada um dos participantes do diálogo pode colocar-se à prova também perante a compreensão dos demais. Isso significa uma dupla fusão de horizontes: uma fusão entre a historicidade do significado e a do intérprete e outra fusão entre os participantes de um diálogo sobre aquilo que cada um compreendeu sobre o significado. É nesse sentido que Habermas afirma ser impossível compreender um significado solipsisticamente.*<sup>2029</sup>

Noutro prisma, como já destacado, não é possível que essa participação desconsidere, por completo, tudo aquilo que é constitutivo do juiz ser-no-mundo, notadamente aquilo que é formador tanto de sua fisiologia, quanto do inconsciente (do inconsciente como lido por Lacan, isto é, estruturado como linguagem) e, portanto, incontrolável. Há, igualmente, uma possibilidade de inter-relacionar estes “veios enriquecedores da Filosofia e da Psicanálise”, como refere Stein<sup>2030</sup>, e mais uma vez

<sup>2028</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Ob. cit., p. 587.

<sup>2029</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Ob. cit., pp. 587-588.

<sup>2030</sup> STEIN, Ernildo. **Análítica Existencial e Psicanálise**. Freud, Binswanger, Lacan, Boss. **Conferências**. Ob. cit., p. 18.

promover a interseção destes dois grupos de compreensões. Não se trata de, parafraseando Jacinto Coutinho<sup>2031</sup>, “filosofar psicanaliticamente ou psicanalisar filosoficamente”, mas levar em conta tanto a Filosofia quanto a Psicanálise, na dimensão dos processos de compreensão e de decisão do juiz. Serve, mais uma vez, o empréstimo da conclusão de Jacinto Coutinho (ainda que ele estivesse analisando a relação entre o Direito e a Psicanálise): não se pode “esquecer, jamais, os efeitos que um produz – ou pode produzir – no outro”<sup>2032</sup>. Até porque, seguindo a observação de Stein, ainda que o discurso filosófico de Heidegger e Gadamer represente uma “superação das teorias da consciência”, isso “não significa que o sujeito desapareça”<sup>2033</sup>. E prossegue Stein:

*No plano empírico, essa espécie de “enclausuramento”, essa tentativa de não alienar a explicação de si mesmo com outros universos, tem custos individuais, tem custos constantes. E nós sabemos que, exatamente, esse processo de simbolizar por outras explicações a nós mesmos, em lugar de sustentarmos a nossa própria condição, produz os elementos fundamentais com os quais a Psicanálise trabalha (processos neuróticos, etc.). Freud sabe daquilo que enfrenta. Por exemplo, quando lemos aquela frase no começo do livro “Interpretação dos Sonhos”: “Se eu não consigo mover/dobrar os deuses, eu vou movimentar os infernos”. Se Freud diz isso, ele não vai mover o inferno dos mortos, mas os infernos são exatamente essa condição na qual o ser humano está enclausurado e onde está desafiado a produzir sentido nesse enclausuramento. Ou fugir do sentido desse enclausuramento – alienar o sentido, não suportar esse enclausuramento. É nesse sentido que a Psicanálise trabalha, de certo modo, sob uma constante que é esse “pensamento filosófico da Psicanálise”, que não é só empírico, que é a questão da situação formadora do recalque.*<sup>2034</sup>

<sup>2031</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal. In: **Direito e Neoliberalismo. Elementos para uma Leitura Interdisciplinar**. Ob. cit., p. 41, *verbis*: Ficou patente, por exemplo, que não se pode fazer um discurso psicanalítico do direito e muito menos um discurso jurídico da psicanálise, ou seja, um pelo outro.

<sup>2032</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal. In: **Direito e Neoliberalismo. Elementos para uma Leitura Interdisciplinar**. Ob. cit., p. 41.

<sup>2033</sup> STEIN, Ernildo. **Análítica Existencial e Psicanálise**. Freud, Binswanger, Lacan, Boss. **Conferências**. Ob. cit., p. 30.

<sup>2034</sup> STEIN, Ernildo. **Análítica Existencial e Psicanálise**. Freud, Binswanger, Lacan, Boss. **Conferências**. Ob. cit., p. 32.

Stein também explica que em certa medida Heidegger não compreendeu o alcance da análise freudiana do inconsciente<sup>2035</sup>, não entendendo que Freud ponderava que o acesso ao inconsciente se dá pelo consciente. Seja como for, é certo que Heidegger se preocupou com a questão da Psicanálise, particularmente em suas conversas com o psiquiatra Medard Boss documentadas nos chamados “Seminários de Zollikon”<sup>2036</sup>. Analisando os registros do diálogo travado entre Heidegger e Medard Boss, particularmente o trecho no qual Heidegger sintetiza seu ponto de vista dizendo que “o inconsciente é incompreensível”<sup>2037</sup>, Stein diz que “o que choca nessas interpretações do filósofo em relação aos sonhos e ao inconsciente”, “é uma espécie de inocência, própria de filósofos, das respostas que ele achava que poderia dar às interrogações de Boss, sendo que a maioria de nós não ousaria tomar tal posição diante do já estabelecido pela Psicanálise”<sup>2038</sup>. De outro lado, Stein também considera que essa “ingenuidade” de não parecer ridículo diante do que já foi estabelecido pela ciência, pode ser positiva e que é este o papel que se deveria assumir diante das questões do inconsciente<sup>2039</sup>. Nesse passo é possível complementar dizendo que o mesmo deve ocorrer quando se está diante das certezas da Hermenêutica Filosófica.

De resto, o próprio Heidegger afirmava que o ser humano é “essencialmente necessitado de ajuda”, ou seja, que o *Dasein* está “sempre à beira de se perder”, isto é, “está à beira de não conseguir resolver-se em situações existenciais”<sup>2040</sup> e, analisando essa questão, Ernildo Stein então conclui que “como isso é uma estrutura fundamental e está ligada à questão da liberdade, esta, como podemos perceber, tem um lado negativo, isto é, o indivíduo, em certas situações, arrisca-se, pois não sabe exatamente

---

<sup>2035</sup> STEIN, Ernildo. **Analítica Existencial e Psicanálise**. Freud, Binswanger, Lacan, Boss. **Conferências**. Ob. cit., p. 46.

<sup>2036</sup> HEIDEGGER, Martin; BOSS, Medard. **Seminários de Zollikon: Editado por Medard Boss**. Tradução de Gabriela Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado, Petrópolis: Vozes, 2001.

<sup>2037</sup> STEIN, Ernildo. **Analítica Existencial e Psicanálise**. Freud, Binswanger, Lacan, Boss. **Conferências**. Ob. cit., p. 55.

<sup>2038</sup> STEIN, Ernildo. **Analítica Existencial e Psicanálise**. Freud, Binswanger, Lacan, Boss. **Conferências**. Ob. cit., p. 57.

<sup>2039</sup> STEIN, Ernildo. **Analítica Existencial e Psicanálise**. Freud, Binswanger, Lacan, Boss. **Conferências**. Ob. cit., p. 58.

<sup>2040</sup> STEIN, Ernildo. **Analítica Existencial e Psicanálise**. Freud, Binswanger, Lacan, Boss. **Conferências**. Ob. cit., p. 134.



o que fazer consigo”<sup>2041</sup>. Como se vê, o discurso do filósofo, ao admitir que o *Dasein* está sempre à beira de se perder e necessita de ajuda para resolver suas questões existenciais, de certa forma ele também tangencia e admite o quanto o inconsciente freudiano contribui para inserir o ser humano nessa situação por vezes angustiante.

Portanto, ainda que Heidegger considere o “ser-aí” como um ser que não é fechado em si mesmo, pois está lançado/jogado num mundo dentro de uma faticidade própria, não se compreende como absolutamente excludente a ideia de que esse ser-aí possa trazer consigo uma questão intrínseca, inconsciente em seu processo de comunicação com o mundo. Nesse sentido também foi a percepção de Alexandre Morais da Rosa, em seu *capolavoro* “Decisão Penal: a bricolagem de significantes”, também ele baseado na crítica de Stein, destacando a “ausência de uma dimensão do desejo no ser-aí, dado que na proposta de Heidegger, apesar de a consciência não ser mais a da Metafísica, deixa a *latere* o inconsciente”<sup>2042</sup>. E cita trecho de Stein que também aqui merece ser reproduzido:

*A hermenêutica desconhece a economia libidinal. As pulsões, os desejos não aparecem como existenciais e por isso o sonho também não existe. É certamente uma das grandes “falhas” da analítica existencial: o estar-aí não sonha. Ele não incorporou a ferida do ego que a psicanálise trouxe para o narcisismo. É por isso que reina uma grande assepsia no reino do ser-no-mundo. O operar com os utensílios, o interpretar os significantes, o lutar com a fuga de si mesmo, a tendência para o encobrimento, não são ligados ao sentido que se esconde, que se oculta. O latente e o manifesto só aparecem como o velamento e o desvelamento. O “como hermenêutico” possui uma duplicidade que Heidegger não percebeu.*

*(...) Sem uma economia libidinal, o estar-aí parece muito o “homem” orgulhoso do século XIX. É certo, livre da onipotência da razão, mas ainda não marcado pela consciência dos limites trazidos por Freud e sua teoria das pulsões.*<sup>2043</sup>

Assim, para além de não ser possível desconsiderar as pulsões, como concebido por Freud e destacado acima por Stein, também não se pode deixar de lado os fatores biológicos que impulsionam o ser humano a decidir irrefletidamente. Com

<sup>2041</sup> STEIN, Ernildo. **Analítica Existencial e Psicanálise. Freud, Binswanger, Lacan, Boss. Conferências.** Ob. cit., p. 134.

<sup>2042</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes.** Ob. cit., p. 191.

<sup>2043</sup> STEIN, Ernildo. STEIN, Ernildo. **Seis Estudos Sobre “Ser e Tempo”. Comemoração dos Sessenta Anos de Ser e Tempo de Heidegger.** Ob. cit., pp. 129-130.

efeito, no processo penal esses fatores decorrem tanto da mecânica repetitiva do dia-a-dia do magistrado, nos moldes que a Psicologia Cognitiva refere como “sistema 1”, quanto da economia de energia que o corpo humano, cansado, possa querer “impor”, como referido no caso dos juízes israelenses com fome. Mas o dado mais relevante a não ser ignorado é o quanto o inconsciente constituído como se fora linguagem opera na constituição desse ser-no-mundo que reside na mesma linguagem, e do quanto ele possa aflorar no curso do processo comunicacional, pois, como visto em Lacan, ele também é constituído como se fora linguagem (e, assim, por metáforas e metonímias).

Com efeito, seguindo as observações de Lacan, o sujeito, ao falar, mostra-se e, ao se mostrar, oculta-se. Nessa linha, ao intercalar os significantes na fala o inconsciente se revela. Lacan explica que o ser humano vive em busca do “objeto a”, daquilo que lhe falta, mas que não sabe dizer exatamente o que seja. Com isto ele é constituído de falta. O ser humano quer constituir uma totalidade mas não consegue, pois algo sempre lhe falta.

O mesmo ocorre com o juiz que fala no presente da audiência e quer dominar o todo, mas algo lhe falta; ao falar ele se mostra e se oculta simultaneamente. Aliás, neste ponto, a análise feita por Heidegger é muito similar à de Lacan. Stein explica que “à medida que no pensar está o não-pensado, no falar está um ocultamento do *logos*, no escrever está o oculto entre as linhas, Heidegger remete a uma dimensão de profundidade e a uma dimensão de superfície”<sup>2044</sup>. A semelhança de análises é marcante. Ernildo Stein também compara esse ser conforme visto por Freud e Lacan ao ser heideggeriano e ambos se apresentam em ampla similitude:

*Lacan utiliza uma falta em ser, ainda que isso não remeta nem à maneira – como poderíamos pensar – da ontologia tradicional nem à ideia do ser heideggeriano. Em todo o caso, a falta em ser, que pode se expressar por uma barra ou por um risco surgiu também de uma influência de Heidegger. Este vai dizer o seguinte: Quando falamos em ser, o ser da cadeira, da mesa, dos objetos em geral, nós nos referimos aos objetos, e não ao ser. Então, o ser que aí aparece deve ser, propriamente riscado. E Heidegger o risca por meio de um pequeno sinal – um X. Lacan também introduz o S barrado, que é o mesmo ‘s’, que é o sujeito destituído de sua totalidade. Temos aí o mesmo SER – marcado com o X – de Heidegger?*

<sup>2044</sup> STEIN, Ernildo. **Pensar é Pensar a Diferença. Filosofia e Conhecimento Empírico**. Ob. cit., p. 166.

*Chamo a atenção para esses dois elementos: a não totalidade indicada pelo 'a' e a não totalidade indicada por essa 'barra' – ou risco em X – que sofre o ser.*<sup>2045</sup>

Como se vê não há, necessariamente, um distanciamento entre o ser-no-mundo heideggeriano e o sujeito como visto por Freud e Lacan, até porque o próprio Lacan admite que sua posição sofreu grande influência do pensamento de Heidegger<sup>2046</sup>, notadamente a partir da famosa e poética máxima heideggeriana de que “a linguagem é a casa do ser; nesta habitação do ser mora o homem”<sup>2047</sup>. Assim, se o homem “habita a linguagem”, como refere Heidegger, e o “inconsciente é estruturado como linguagem”, como diz Lacan, na “fusão dos horizontes” se pode chegar à ideia de que o “homem também habita o inconsciente”. Ou ainda, em outras palavras, pode-se considerar que a linguagem é condição de possibilidade tanto do ser, quanto do inconsciente deste ser. Em sentido análogo refere Ernildo Stein, explicando que se a “linguagem é a casa do ser”, como diz Heidegger, “sou obrigado sempre a reconhecer que a linguagem ultrapassa o *Dasein*”<sup>2048</sup> e, assim, “justamente no momento em que o *Dasein* é mergulhado na faticidade, isto é, no que ele já foi e não consegue recuperar, ele, de certo modo, reconhece a sua finitude, reconhece algo que o ultrapassa sem deixar de ser relativo a ele”<sup>2049</sup>.

O que se admite, portanto, é que há a possibilidade de se operar uma releitura dos conceitos da Psicanálise, notadamente aqueles freudianos, a partir de um ser-no-mundo, lançado numa faticidade e temporalidade próprias. E é de certa forma isto que Heidegger desenvolve, como se vê dos já referidos diálogos travados por ele com o Psiquiatra Medard Boss, nos “Seminários de Zollikon”, nos quais Heidegger redefine os significados da linguagem descritiva freudiana ajustando-os a uma linguagem fenomenológica<sup>2050</sup>. Para exemplificar o que fez Heidegger nessas conversas com

<sup>2045</sup> STEIN, Ernildo. **Analítica Existencial e Psicanálise. Freud, Binswanger, Lacan, Boss. Conferências.** Ob. cit., p. 88.

<sup>2046</sup> LACAN, Jacques. De um Desígnio. In: **Escritos.** Ob. cit., p. 367.

<sup>2047</sup> HEIDEGGER, Martin. **Carta Sobre o Humanismo.** Ob. cit., p. 08.

<sup>2048</sup> STEIN, Ernildo. **Analítica Existencial e Psicanálise. Freud, Binswanger, Lacan, Boss. Conferências.** Ob. cit., p. 91.

<sup>2049</sup> STEIN, Ernildo. **Analítica Existencial e Psicanálise. Freud, Binswanger, Lacan, Boss. Conferências.** Ob. cit., p. 92.

<sup>2050</sup> HEIDEGGER, Martin; BOSS, Medard. **Seminários de Zollikon: Editado por Medard Boss.** Ob. cit., pp. 178 e ss.

Boss, segue sua explicação para o significado de uma mulher deixar uma bolsa ao sair da sala de um conhecido. Enquanto Freud entende que esse esquecimento possa expressar o desejo inconsciente de poder voltar àquele lugar, Heidegger explica que isto não tem relação com o inconsciente e se dá porque “o homem que ela estava visitando não lhe é indiferente” e, assim, “seu sair é tal que, ela ainda ao ir embora, ainda mais e sempre mais continua lá. Por ainda estar tão junto do homem ao sair, a bolsa nem está aí. Neste ir embora, a bolsa fica lá porque, enquanto ainda estava na sala, a mulher estava tão junto do amigo que, já então, a bolsa não estava lá”<sup>2051</sup>.

Na síntese de Stein, é possível, então, uma “desconstrução de determinados conceitos da Psicanálise, a partir da Antropologia existencial” heideggeriana, deixando de tratar o ser humano como objeto de estudo, para considerá-lo como ser-no-mundo e, nessa medida:

*O que comanda como vetor de unidade o acontecer dos processos inconscientes não será mais o determinismo de uma causalidade onipresente, mas a estrutura prévia de sentido que percorre, como dimensão fundadora, ou como um jogo enigmático de retração e de aparecimento, as manifestações com as quais a Psicanálise trabalha. Pode-se, sob muitos aspectos, substituir assim o caráter de construção do aparelho psíquico por uma dimensão em que se dá o acontecer de fenômenos ligados ao caráter de mundanidade do ser humano”.*<sup>2052</sup>

Neste passo, a dupla interseção que pretenda diminuir a discricionariedade judicial deve ser ainda mais ampla e deve ser efetivada levando em conta esse “algo que ultrapassa” o ser-no-mundo juiz e como ele opera na complexidade da produção e valoração da prova testemunhal, passando pela conjugação destes dois grupos de aspectos, destes dois níveis teóricos, isto é, tanto aqueles inerentes à natureza humana, quanto aqueles orientados pela filosofia em busca uma resposta correta. Essa questão não passou despercebida por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

*Que a filosofia não é o único campo que suporta o Direito, na sua interdisciplinaridade e transdisciplinaridade, já se disse antes. E assim o é não só porque se não dá conta do objeto, na*

<sup>2051</sup> HEIDEGGER, Martin; BOSS, Medard. **Seminários de Zollikon: Editado por Medard Boss**. Ob. cit., p. 189.

<sup>2052</sup> STEIN, Ernildo. **Análítica Existencial e Psicanálise. Freud, Binswanger, Lacan, Boss. Conferências**. Ob. cit., pp. 178-179.

*sua plenitude (Verdade), como, também, porque a linguagem é furada ou passível de furo de modo a recomendar um outro saber para aquilo que fura, que falta, ou mesmo para o possível do todo. Aqui, fala mais alto a Psicanálise, a qual, por isso mesmo – porque diz sobre o que fala quando falta –, não se pode dispensar, como insistentemente querem alguns dos mais notáveis filósofos (dentre outros) para, obviamente, poderem dizer; ou seguir dizendo sem muitos percalços.*<sup>2053</sup>

Assim, compreender que a Hermenêutica Filosófica desempenha um papel bastante importante de exigir ao juiz que trabalhe a partir das pré-compreensões linguísticas em sua comunicação com a testemunha e com as partes e, ao mesmo tempo, que suspenda seus pré-conceitos, bem como que formule as perguntas certas, passa também pela compreensão de que se não pode desconsiderar a possibilidade de o juiz não conseguir identificar quais pré-conceitos seriam inautênticos e, portanto, quais ele deveria suspender no processo de compreensão e de onde possam estar vindo as perguntas (podem vir também do inconsciente, incontroláveis).

Nestes termos, compatibilizar aquilo que parece ser incompatível quando algum radicalismo teórico se impõe é a tarefa que se propõe para melhor controlar o mecanismo decisório do juiz no processo penal, e isso se dá com a interseção (ou, para usar um linguajar hermenêutico: com uma “fusão de horizontes”) entre estes campos do saber, até porque, como já lembrou Agostinho Ramalho ao tratar da possibilidade de articulação entre o Direito e Psicanálise, que aqui se empresta pela similitude de enfrentamento, trata-se de “uma questão cuja elaboração precisa encaminhar-se mais no sentido de sua abertura do que no de seu fechamento”<sup>2054</sup>. Com isso se amplia a possibilidade das partes controlarem o juiz no presente da audiência de produção da prova testemunhal e no presente da compreensão desta mesma prova e de seu processo decisório, ampliando a preservação e a efetivação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, como se passa a expor.

---

<sup>2053</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A Dogmática Jurídica a Partir de uma Nova Visão da Filosofia do Direito. In: **Empório do Direito**, 22 de março de 2015. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/a-dogmatica-juridica-a-partir-de-uma-nova-visao-da-filosofia-do-direito-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>, acesso em 22 de março de 2015.

<sup>2054</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. In: **Direito e Neoliberalismo: Elementos para uma Leitura Interdisciplinar**. Ob. cit., p. 19.

## Seção I - Estabelecendo as condições para a ampliação da efetividade ao contraditório e à ampla defesa no momento decisório da audiência de instrução.

*Presente a fala do inconsciente na fala do Direito em face dela aparecer pela inexorável criação normativa pelo intérprete, abre-se um imenso campo para a interlocução e (por que não?) para a interseção, ou seja, a presença do Outro para ser ouvido – e referido – e desde os dois campos, Direito e Psicanálise.*

(JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO)<sup>2055</sup>

*Na castração simbólica, o que há de mais vital não é a poda, a perda, mas sim a saturação, o excesso. Os homens estão tão repletos de estereotipações, de prêt-à-parler, das versões singulares e lineares que lhes são impostas, que não há espaço dentro deles para a criatividade, para a autonomia, para a compreensão não oficial dos sentidos, o que viria a constituir o plural das significações.*

(LUÍS ALBERTO WARAT)<sup>2056</sup>

Como se vem destacando ao longo desta Terceira Parte, para compreender a complexidade que envolve a produção probatória no processo penal, não se pode desconsiderar que a maior parte dos casos penais conta com a prova testemunhal como referência capaz de embasar a decisão tomada pelo juiz. Com efeito, na realidade dos casos concretos, raras vezes se depara com um processo no qual a prova é exclusivamente documental ou pericial e, assim, a testemunha continua sendo uma prova recorrente no *accertamento* dos casos penais<sup>2057</sup>. Cordero chega a afirmar

<sup>2055</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Inquisitório e o Processo em “O Mercador de Veneza”. Ob. cit., p. 158.

<sup>2056</sup> WARAT, Luís Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. Ob. cit., p. 18.

<sup>2057</sup> Nilo Bairros de Brum chega a fazer uma brincadeira com o conceito medieval de “rainha das provas” e a frequência com que se utiliza a prova testemunhal no processo penal. Se a prova testemunhal é a menos confiável ela seria a “prostituta das provas”, mas se é a mais usada, seria a “rainha das provas”. E indaga, ao final: “Teríamos, então, uma rainha prostituta?” (BRUM, Nilo Bairros de. Ob. cit., p. 75).

que se forem excluídos os depoimentos testemunhais, “torna-se quase impossível o trabalho judiciário penal”<sup>2058</sup>.

Desta forma, o processo decisório pelo qual o juiz passa, implica, quase que invariavelmente, na necessidade dele valorar depoimentos testemunhais. E aqui reside o risco de que ao fazê-lo o juiz possa entender errado, valorar errado e decidir errado a partir do quanto compreender da fala das testemunhas. Pior, existe o risco dele acreditar que está orientado e autorizado a fazer “escolhas” probatórias, em decorrência da má recepção que vários juízes e tribunais fazem dos “princípios” da “livre apreciação da prova” e do “livre convencimento”, como já visto.

Não bastasse, no curso do processo de reconhecimento do fato imputado ao acusado no processo penal há uma perene aposta nas memórias das pessoas que presenciaram ou souberam deste fato o que, como já igualmente destacado, é bastante significativo e revelador da complexidade do ato.

Discutir se o juiz deve ou não ser inerte no momento presente de produção da prova em audiência passa, então, pela discussão da capacidade dele compreender o que a testemunha refere e o grau de confiança que deposita naquilo que esteja resultando como compreensão da fala da testemunha. E passa também pela não admissão da ideia torta que é recepcionada como “livre convencimento” – isto é, na forma como vem sendo aplicado por vários magistrados nos moldes da filosofia da consciência e não apenas como contraponto ao modelo de prova tarifada – o que, por sua vez, remete à redefinição do que se entenda do alcance dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que podem ganhar uma maior dimensão em seus papéis de garantias processuais, ampliando sua efetividade em relação à pretensão de “captura psíquica do juiz”, na feliz expressão referida por Franco Cordero<sup>2059</sup>.

Assim, pretende-se ver neste Capítulo como é possível ressignificar o contraditório e ampla defesa para além do “senso comum teórico dos juristas” – como refere Warat<sup>2060</sup> – e procurar entender tanto seu efeito inibitório e imunizante da ideia que tem predominado na jurisprudência brasileira em torno do princípio do “livre

---

<sup>2058</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Ob. cit., p. 323. Tradução nossa. No original, em italiano: *esclusi i testimoni, diventa quasi impossibile il lavoro giudiziario penale*.

<sup>2059</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Ob. cit., p. 194.

<sup>2060</sup> WARAT, Luís Alberto. *Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas*. Ob. cit., p. 51.

convencimento”, quanto sua interação com o juiz em audiência, levando em conta o que já se pontuou a respeito da maneira de se estruturar o armanejamento das memórias na mente da testemunha e de como seus depoimentos são produzidos em juízo, notadamente em razão dos naturais esquecimentos. Como visto, o tempo decorrido entre o fato e a prova, a temporalidade que envolve o momento do depoimento, o grau de informação que as testemunhas são capazes de revelar, as dúvidas que encerram e as possíveis certezas ou incertezas que comunicam, são dados que devem ser previamente considerados na avaliação da conveniência ou não do juiz ter postura ativa no plano probatório testemunhal e de se dar efetividade garantista ao contraditório e à ampla defesa.

Rui Cunha Martins anota que é no “ambiente” de produção da prova<sup>2061</sup> que “verdadeiramente se joga a sua maior ou menor capacidade de filtragem”<sup>2062</sup>. De fato, o ambiente de que fala Rui Cunha Martins, em grande parte, é a audiência, na qual a vítima, as testemunhas e o próprio acusado são ouvidos pelo juiz e pelas partes na tentativa de reproduzir os rastros de verdade que restam do passado, permitindo àquele que não conhece – o juiz – vir a conhecer e poder julgar, decidir.

No entanto, para que a compreensão aconteça de forma ampla é importante que a comunicação entre as testemunhas, as partes e o juiz seja capaz não apenas de transmitir as informações, mas também seja uma forma de agir sobre o interlocutor-receptor da informação, notadamente, o juiz, provocando-lhe a compreensão do quanto se lhe comunica.

Amilton Bueno de Carvalho já acenava, ainda no contexto do movimento do direito alternativo, que “o processo, instrumento do direito na diretiva da democracia, deve, portanto, estar calcado nestes dois princípios: local da fala e da escuta, os quais são informadores dos princípios que lhe são secundários, contraditório e ampla defesa”<sup>2063</sup>.

Sucede que a exuberância de possibilidades de sentido que ocorre no curso de um depoimento testemunhal, como visto acima, também deve ser reduzida para que o

<sup>2061</sup> Rui Cunha Martins usa, em verdade, uma expressão não técnica, aludindo ao “ambiente de captação e instalação da prova”. Assim, para não causar confusão, preferiu-se a substituição da expressão por outra processualmente técnica: “ambiente de produção da prova”.

<sup>2062</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. *The Brazilian Lessons***. Ob. cit., p. 03.

<sup>2063</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo em Movimento**. Ob. cit., p. 104.



juiz possa decidir sem arbitrariedade. E para reduzir essa ampla gama de sentidos gerada pela complexidade natural que envolve a reconstituição de um fato do passado, no presente, e pela testemunha, é que se garantem ferramentas de diminuição do risco de um resultado indesejado pelas partes, ou seja, de diminuição do caráter alucinatório das declarações testemunhais, as quais, no sistema processual penal, são o contraditório e a ampla defesa.

Assim, é no presente da audiência que se tem o momento mais importante de efetivação do contraditório e da ampla defesa. Não que estes princípios não tenham relevância fora deste momento, mas aqui há aspectos mais concretos a revelar suas importâncias. Como se sabe, depois da audiência, o que sobra às partes antes da sentença são as alegações finais e neste momento, no entanto, normalmente o juiz já decidiu o caso penal, ainda que não tenha externado sua decisão no papel. Para ilustrar essa questão, vale referir a um caso extremo, porém sintomático, ocorrido no dia 20 de janeiro de 2015, na 3ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto, no qual, chegado o momento dos debates orais em audiência de instrução e julgamento (artigo 403 do Código de Processo Penal brasileiro<sup>2064</sup>), a magistrada se retirou da sala para presidir outra audiência de instrução e julgamento, que se iniciaria na 1ª Vara Criminal da mesma Comarca que atendia cumulativamente, somente retornando à sala de audiências da 3ª Vara depois de encerrados os debates orais. Detalhe: ao sair da sala de audiências da 3ª Vara Criminal já havia deixado a sentença pronta com a escrivã... Ou seja: como já tinha formado seu convencimento “livremente”, isto é, sem ouvir as alegações finais e o desenvolvimento argumentativo das teses das partes, antecipou-se até mesmo na documentação de sua decisão. Assim, não se deu ao “trabalho” de ouvir as alegações finais orais das partes no processo da 3ª Vara Criminal, retornando para a audiência somente depois da reclamação do advogado de defesa ter constado em ata. Ainda que esse caso não espelhe uma prática corriqueira da magistratura brasileira e possa ser lido como exceção mesmo, não há como desconsiderá-lo pela sinceridade que ele externa no

---

<sup>2064</sup> **BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal.** Ob. cit., p. 441, *verbis*: Art. 403. *Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.*

modo de agir de alguns juízes. Vale, portanto, conferir os detalhes de como as coisas se deram neste caso concreto. Na ata da audiência o inconformismo do defensor com a postura da magistrada restou consignado nas razões finais da defesa, formulada pelo advogado Eloy Vitorazzo Vigna, atuante nos autos de processo nº 0025236-84.2014.8.26.0576 da 3ª Vara Criminal de São José do Rio Preto, nos seguintes termos:

*Espanta a este defensor, peça primordial conforme ditame 133 da Constituição Federal, deparar-se com a sentença já proferida pela MM. Juíza, mas não assinada, logo abaixo do texto de memoriais, o que deve ficar aqui registrado para evitar qualquer prejuízo ao réu. De outra banda, insistindo novamente neste sentido, este advogado informa que a serventia informou a MM Juíza por telefone, que presidia outra audiência em outra vara, que nos pediu para aguardar acabar aquela audiência, para aí sim voltar, ler os memoriais e aí sim fazer sabe-se lá o que com a sentença já digitada, alterando-a ou a mantendo nos mesmos termos.*<sup>2065</sup>

Diante deste questionamento anotado em ata pela defesa, a magistrada Luciana Cassiano Zamperlini Cochito, quando retornou à sala de audiências da 3ª Vara Criminal, fez consignar em ata a seguinte manifestação:

*É necessário salientar, com relação ao alegado pela defesa, que esta magistrada acumula é titular da 1ª Vara Criminal desta Comarca e acumula esta 3ª Vara há meses, havendo colidência de audiências, mas mesmo assim para não prejudicar os jurisdicionados nenhuma audiência foi redesignada. Assim, após serem colhidos todos os depoimentos proferi a sentença, em meu computador, enquanto o Promotor de Justiça e o defensor apresentavam suas alegações finais e para o bom andamento dos trabalhos, fui até a sala de audiências da 1ª Vara Criminal presidir outras audiências, retornando. Não havendo nenhum prejuízo para as partes, nada a ser acrescentado, mormente porque está fundamentada a decisão judicial como determina a Constituição Federal.*<sup>2066</sup>

<sup>2065</sup> BRASIL. Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Ata da audiência de instrução e julgamento nos Autos de Processo Criminal nº 0025236-84.2014.8.26.0576, da 3ª Vara Criminal de São José do Rio Preto, São Paulo. Publicada em audiência no dia 20 de janeiro de 2015, disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150211-11.jpg>, acesso em 17 de maio de 2015.

<sup>2066</sup> BRASIL. Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Ata da audiência de instrução e julgamento nos Autos de Processo Criminal nº 0025236-84.2014.8.26.0576, da 3ª Vara Criminal de São José do Rio Preto, São Paulo. Publicada em audiência no dia 20 de janeiro de 2015, disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150211-11.jpg>, acesso em 17 de maio de 2015.

Mas o imbróglio não parou aí. Depois de encerrada a audiência, o advogado impetrou *Habeas Corpus* perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, distribuído para a 16ª Câmara de Direito Criminal, a qual tem como um dos integrantes que participou do julgamento, o Desembargador Guilherme de Souza Nucci, também ele, como se sabe, autor de um dos mais difundidos manuais de processo penal do Brasil na atualidade. O julgamento, ocorrido no dia 28 de abril de 2015, concedeu parcialmente a ordem, apenas para dar direito ao paciente de recorrer em liberdade, mas não anulou a audiência de instrução e julgamento, com a seguinte argumentação:

*O fato de a D. Magistrada “a quo” ter se ausentado temporariamente da sala de audiências não impediu que ela apreciasse as teses arguidas pela defesa.*

*O que ocorreu é que a Magistrada já havia formado seu convencimento e, mesmo após leitura dos memoriais das partes, os argumentos ali constantes não tiveram o condão de alterar seu convencimento, razão pela qual manteve a sentença, que já havia elaborado.*

*De se ressaltar ainda, que a r. decisão monocrática encontra-se fundamentada a contento.*

*O combativo impetrante pode até discordar do quanto ali decidido. No entanto, não se verificando qualquer ilegalidade e estando a r. decisão fundamentada a contento, inexistente a nulidade arguida.*<sup>2067</sup>

A respeito desse caso, são oportunas as observações críticas lançadas em artigo publicado por André Karam Trindade ainda antes do resultado do *Habeas Corpus*:

*Que tipo de fraude se tornou o exercício da ampla defesa no processo penal brasileiro? Desde quando, além de onipotentes e oniscientes, os juízes também são onipresentes? A que ponto*

<sup>2067</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 16ª Câmara de Direito Criminal *Habeas Corpus* nº 2020697-86.2015.8.26.0000. Relator Desembargador Borges Pereira, julgado em 28 de abril de 2015. Disponível em <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=4&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2020697-86.2015&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2020697-86.2015.8.26.0000&dePesquisaNuAntigo=>, acesso em 17 de maio de 2015, verbis: *CONCEDERAM PARCIALMENTE A ORDEM de habeas corpus, de ofício, para reconhecer ao paciente CELSO LUIS ALVES DE ARAÚJO o direito de apelar da sentença em liberdade, com a imposição das medidas cautelares previstas nos incisos I, IV e V, do artigo 319, do CPP, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura clausulado em seu favor. v.u..*

*nós chegamos? Será que a sustentação oral realizada na colenda câmara em que atua o eminente desembargador é capaz de surtir algum tipo de efeito? Alguém certamente dirá que, nos tribunais e cortes superiores, é diferente porque a lógica (operacional) é outra. No entanto, como se sabe, as decisões também já foram tomadas quando os processos são pautados nos tribunais. De há muito, quando se iniciam as sessões de julgamento, todos processos já contêm os votos do relator e do revisor. Na maior parte das vezes, um pedido de vista é o máximo que a defesa pode obter.*<sup>2068</sup>

E, após a decisão proferida no julgamento do *Habeas Corpus* referido, o mesmo autor reprisou o tema, em outro artigo, agora escrito a quatro mãos com Lenio Streck:

*Admitir que a sentença possa ser elaborada antes dos debates e simplesmente ratificada após o conhecimento do resumo das teses sustentadas pelas partes significa reconhecer que a decisão é um ato solipsista, produzida por um sujeito onisciente e onipotente. Ou melhor: significa assumir que a decisão é um ato solitário (e, portanto, autoritário), cujo único limite é determinado pela consciência do juiz. Se isso é verdade, professor Guilherme de Souza Nucci, gostaríamos de saber qual a diferença entre o procedimento adotado pela Magistrada — e referendado pelo TJ-SP — e aquele praticado pelos tribunais da inquisição? E, mais: temos a certeza de que nos livros do professor Nucci está escrito exatamente o contrário do que foi decidido nesse habeas corpus. Não encontramos nos livros do professor — por acaso presidente da Câmara Criminal que julgou o caso — nada que pudesse indicar a dispensabilidade das alegações ou que autorize a juíza a presidir duas audiências ao mesmo ou... bem, o resto já falamos.*

*(...)*

*Como se sabe, o argumento de que a magistrada não precisa responder a todos os argumentos das partes é retrógado. Isso já foi superado pelo Supremo Tribunal Federal e, mais recentemente, pelo próprio legislador no novo Código de Processo Civil. A decisão judicial é um ato de responsabilidade política do juiz. É por isso que, para ser democrática, ela deve ser construída intersubjetivamente. Todavia, para tanto, é preciso compreender, na esteira de Marcelo Cattoni, que o processo é um procedimento que se desenvolve em contraditório. É ele — o contraditório — que permite conferir legitimidade ao provimento jurisdicional.*

<sup>2068</sup> TRINDADE, André Karam. A juíza que revogou a lei da Física e presidiu duas audiências ao mesmo tempo. In: **Consultor Jurídico – Conjur**. 21 de fevereiro de 2015, disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-fev-21/diario-classe-juiza-revogou-lei-newton-presidiu-duas-audiencias-mesmo-tempo>, acesso em 17 de maio de 2015.

*Numa palavra: em uma democracia, o processo — antes de ser obstáculo — é condição de possibilidade. E, tratando-se de processo penal, em que está em jogo o bem fundamental chamado liberdade, não é possível imaginar que um magistrado possa dispensar a argumentação das partes. E a soma é zero. Se a juíza faz duas audiências ao mesmo tempo e, com isso, faz tudo o que fez, ela cometeu uma flagrante inconstitucionalidade. Uma, não. Várias. Se o tribunal, em sede de habeas corpus, convalida o ato da juíza, então ele comete igualmente uma série de inconstitucionalidades, como a violação do devido processo legal, do contraditório, da fundamentação da decisão e da presunção da inocência (afinal, como resultado, sobrou para o réu, que foi condenado!).<sup>2069</sup>*

O exemplo, então, serve para mostrar, dentre outras questões já pontuadas pelos autores referidos, a importância do momento presente da audiência como sendo o *locus* onde se dá o ápice de operacionalidade do contraditório e da ampla defesa até porque a audiência de inquirição das testemunhas é caracterizada pela sua natural complexidade e esta, como já destacado da fala de Raffaele De Giorgi, indica um excesso de possibilidades, de relações, de acontecimentos, de manifestações de sentido, os quais precisam ser restringidos a ponto de eliminar o caráter alucinatório que possa ter provocado no juiz.

Neste contexto da audiência, portanto, um determinado aspecto do caso penal só será relevante se for discutido e compreendido pelo juiz, reduzindo-se sua natural complexidade, pois, como sintetizou Wittgenstein, seguindo o que também já havia sido explicitado por Schleiermacher no século XIX, “toda explicação pode ser mal-entendida”<sup>2070</sup> e “pode acontecer também que alguém tire uma explicação para a palavra daquilo que se tinha em mente como comunicação”<sup>2071</sup>. No mesmo sentido é a percepção de Roman Jakobson:

*Muitas vezes, em um diálogo, os interlocutores cuidam de verificar se é, de fato, o mesmo código que estão utilizando. “Está me ouvindo? Entendeu o que eu quero dizer?”, pergunta o que fala, quando não é o próprio ouvinte que interrompe a conversa com um “O que é que você*

<sup>2069</sup> TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. *Kill the lawyers*: para que contraditório se já formei o convencimento mesmo? In: **Consultor Jurídico – Conjur**. 09 de maio de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mai-09/diario-classe-contraditorio-formei-convencimento-mesmo>, acesso em 17 de maio de 2015.

<sup>2070</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 30.

<sup>2071</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 35.

*quer dizer?" Aí então, com substituir o signo que causa problema por outro signo. que pertença no mesmo código lingüístico ou por todo um grupo dos signos do código, o emissor da mensagem procura torná-la mais acessível ao decodificador.*<sup>2072</sup>

E não são raros os casos nos quais os códigos precisam ser decodificados adequadamente, sob pena de não compreensão da mensagem pelo receptor, como bem explicitado por Jakobson:

*Sempre que o remetente e/ou o destinatário têm necessidade de verificar se estão usando o mesmo código, o discurso focaliza o CÓDIGO; desempenha uma função METALINGÜÍSTICA (isto é, de glosa) "Não o estou compreendendo — que quer dizer?", pergunta quem ouve, ou, na dicção shakespereana, "Que é que dizeis?" E quem fala, antecipando semelhantes perguntas, indaga: "Entende o que quero dizer?" Imagino este diálogo exasperante: "O "sophomore" foi ao pau." "Mas que quer dizer ir ao pau?" "A mesma coisa que levar bomba." "E levar bomba?" "Levar bomba é ser reprovado no exame." "E o que é "sophomore"?", insiste o interrogador ignorante do vocabulário escolar em inglês. "Um "sophomore" é (ou quer dizer) um estudante de segundo ano." <sup>2073</sup>*

Ademais, o que acontece quando da ouvida de testemunhas é que os temas levantados no curso desta audiência vão sendo “catalogados” e “selecionados” na mente do um-julgador como “relevantes” ou “irrelevantes” na formação de sua convicção a respeito do caso penal. Diante dessa seleção “silenciosa” operada na mente do juiz inerte, as partes somente conseguirão provocar reflexões no magistrado que tornem o que ele já rotulou de “irrelevante” como “relevante” se conseguirem acessar o que vai à sua mente. Assim, para o aproveitamento mais amplo possível das potencialidades das garantias do contraditório e da ampla defesa, torna-se importante obter esses dados de seletividade de “relevância-irrelevância” no curso e no presente da audiência.

Portanto, o contraditório e a ampla defesa são ferramentas de imunização que as partes dispõem justamente para permitir dar maior segurança ao que não sabem possa vir no futuro, na publicação da sentença, procurando evitar uma decisão que

<sup>2072</sup> JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 45.

<sup>2073</sup> JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 126.

possa ser considerada arbitrária, abusiva. Estes princípios são, então, técnicas de “prevenir”, de “prevenir”, ou seja, de “antever”, de ver antes o que virá pela frente e procurar “evitar” incompreensões e equívocos interpretativos e, portanto, visam evitar que sobressaia na sentença a visão solipsista do juiz.

Nessa questão também é importante compreender que as partes não têm a possibilidade de controlar de antemão o que o juiz entendeu da prova, pois a psique do juiz – notadamente quando de sua inércia – atua como um sistema fechado em relação às partes – é incomunicável, impenetrável. O que o Ministério Público e a Defesa podem fazer no curso do processo, quando muito, é aguardar a externalização, na sentença, do que vai à mente do juiz para, a partir dessa externalização, perceber o quanto o juiz compreendeu do fato o quanto ele já rotulou de “relevante” e/ou “irrelevante” como ocorre no exemplo de Jakobson destacado na Primeira Parte da tese e que aqui convém repetir: "Por que é que você sempre diz Joana e Margarida, e nunca Margarida e Joana? Será porque prefere Joana à sua irmã gêmea?" "De modo nenhum; só porque assim soa melhor."<sup>2074</sup>

Vê-se como, uma vez percebida a forma torta ou preconceituosa de compreensão da fala da testemunha – e até mesmo de um evidente equívoco – externada pelo juiz, as partes então podem antever quais são suas preocupações, seleções, dúvidas até, e promover novas interferências na produção probatória, suscitar novas questões e obter esclarecimentos adicionais que possam provocar novas reflexões no magistrado, de forma tal que ele também se permita novas possibilidades de sentido em sua mente no presente da audiência. Com esse mecanismo se vai diminuindo e até eliminando a “liberdade de escolha” do valor das provas que possa estar sendo o norte da formação do convencimento do juiz.

Se as partes não têm segurança para saber o que vem pela frente, e elas só podem agir no presente para realizar o futuro, é no presente da audiência que deve se dar a maior possibilidade de ocorrer a metanoia, isto é, da mudança de prejuízos de valor que o magistrado possa ter em relação ao caso, diminuindo o efeito alucinatório ou até mesmo eliminando-o por completo.

---

<sup>2074</sup> JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 127.

Assim, ainda que as partes caminhem no curso do processo como cegos em relação ao futuro, elas devem ter garantidas condições processuais que permitam colaborar na construção desse mesmo futuro. Em outras palavras: as partes sabem que haverá um futuro na sentença, ainda que não saibam exatamente que futuro é este e, assim, necessitam que as técnicas processuais da ampla defesa e do contraditório sejam as mais efetivas possíveis ao ponto de encontrarem eco comunicativo com o magistrado julgador antes de se finalizar o processo decisório mental para, então, permitir minimizar os riscos de uma decisão errada e ampliar a possibilidade da “captura psíquica do juiz”.

E, seguindo o norte de compreensão dado por Raffaele De Giorgi, é possível dizer que essas “técnicas”, sem qualquer antecipada participação do magistrado no momento da produção probatória (de forma complementar, frise-se), não atuarão em toda sua potencialidade, pois a única certeza que se tem neste caso é que vai ser prolatada uma sentença, não obstante não se saiba, de antemão, o que o juiz considerou relevante ou irrelevante no conjunto probatório e qual será o conteúdo da decisão. As partes sabem que vai haver uma sentença no futuro, até tem expectativas (normalmente contraditórias entre elas) do que será decidido, mas no fundo não sabem qual será o resultado. Assim, elas não têm a possibilidade de intervenção absolutamente segura, mas querem controlar o que não podem controlar: o que vai à cabeça do juiz<sup>2075</sup>. Para minimizar essa angústia processual é que se entende fundamental que no presente da audiência as partes possam ao menos criar condições para procurar “ante-ver” o que vai à cabeça do juiz para, como dito, pré-venir o que estaria para vir quando da decisão e, assim, ter a possibilidade de provocar as transformações de compreensão do caso penal antes da decisão definitiva do elo comunicativo que se dá naquele mesmo presente da audiência. Com efeito, se o juiz não puder complementar a inquirição da testemunha, as partes não terão como antever – pela leitura das inquietações e perguntas complementares que seriam feitas por ele caso o magistrado estivesse autorizado a tanto – o que ele compreendeu do caso antes da sentença e, assim, o que as partes aduzirem no presente da audiência poderá

---

<sup>2075</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 172: “Enquanto eu lhe falava, não sabia o que se passava dentro de sua cabeça”.



acabar não tendo importância plena, pois o que prevalecerá na sentença é o que está à cabeça do juiz.

Na inércia judicial absoluta o quadro é ainda mais agravado quando a fundamentação da decisão não passar de um jogo de retórica. Por isso é importante que as partes tenham condições de acessar o que vai à mente do juiz, antes da decisão, antes deste “cortar fora” o elo comunicativo. E para tanto, como dito, é necessário criar condições para que o juiz externe, no presente – e não no futuro, que é incerto e incontrolável – o que ele tem em mente sobre o caso. Não é possível ficar aguardando a surpresa externada na sentença, para então recorrer. Esperar pela possibilidade recursal é desperdiçar uma chance processual importante de captura psíquica do julgador. Ademais, depois que a decisão foi para o papel, dificilmente se consegue mudar a posição do juiz ou mesmo daquele que a revisará em recurso, pois passa a haver uma relação de “compromisso” psicológico com sua manutenção. Ninguém gosta de admitir que está errado e quando o erro se torna público, a tendência é procurar argumentos para “salvar” o julgado. Por isso é necessário que as partes possam saber o que vai à cabeça do juiz antes deste colocar sua decisão no papel. Somente assim as técnicas processuais de prevenção do risco de uma má compreensão do caso penal (ou seja: o contraditório e a ampla defesa) podem ter seu efeito autoimunizante do risco que o processo decisório em sua maior potencialidade.

Do contrário, se o juiz for apenas um observador passivo do quanto se produz de prova em audiência o que se tem é que ele vai construir a história do fato a partir das suas próprias e exclusivas percepções, e vai enxergar uma causalidade específica na conexão entre os acontecimentos, selecionando os elementos que reputar “relevantes” e excluindo aqueles que ele considerar como “irrelevantes”, formando sua convicção a partir desses dados silenciosamente selecionados, tudo somado ao quanto de alucinação esta prova possa lhe ter provocado e o quanto o inconsciente o possa ter impulsionado. E, talvez, fossem justamente os elementos causais que o magistrado considerou como “irrelevantes” na conexão causal das declarações colhidas na audiência, aqueles que as partes estivessem considerando como “relevantes”. Essa questão fica muito clara na colocação dada por Raffaele De Giorgi, quando afirma que “a ideia de uma conexão causal é a ideia que é muito difícil, é um caso limite. “A” causa

“B”. É possível, mas extremamente improvável, porque “A” é resultado de uma seleção e no lugar de “A” poderia ter “A1”, “A2”, “A3” e no lugar de “B” poderia haver “B1”, “B2”, ou outro”<sup>2076</sup>. No mesmo caminho, Raffaele De Giorgi também trabalha com o conceito de operações, considerando que:

*podemos dizer que num ambiente (sala, ou uma aula, ou o tribunal) em relação a um conjunto de operações pode acontecer sempre muito mais do que realmente acontece. As operações são sempre resultado de uma seleção e cada seleção deixa aberta a possibilidade de variação e frente a esta variação outra seleção vai eleger outra operação o que vai conduzir a um conjunto de novas operações.*<sup>2077</sup>

Assim, ainda que se leve em conta que a mente humana equivale a uma máquina complexa impenetrável por simples provocação externa, também não há como desconsiderar que ela possa, diante de um novo dado que ocorre no ambiente da audiência, ou seja, diante das sucessivas operações de sentido que ocorrem neste momento presente da inquirição das testemunhas, autoirritar-se a ponto de provocar uma metanoia.

De resto, permitir que o magistrado fale na audiência complementando a inquirição das testemunhas, permite, igualmente, que as partes possam até mesmo, circunstancialmente, atuar no modelo equivalente àquele operado pelo psicanalista em relação a seu paciente, isto é, possam, sempre guardadas as proporções, perceber pelos buracos de fala do juiz o que vai ao inconsciente dele, pois, como referia Freud<sup>2078</sup> e como também destaca Lacan, é no ato falho, no chiste, o “modo de tropeço” pelo qual o inconsciente aflora:

*Tropeço, desfalecimento, rachadura. Numa frase pronunciada, escrita, alguma coisa se estatela. Freud fica siderado por esses fenômenos, e é neles que vai procurar o inconsciente. Ali, alguma*

<sup>2076</sup> DE GIORGI, Raffaele. Aula do dia 28 de maio de 2013. In: **Curso "A função do Direito e do Risco na Construção do Futuro"**. Curitiba: UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito. Escola de Altos Estudos, de 22 de Maio a 12 de Julho de 2013.

<sup>2077</sup> DE GIORGI, Raffaele. Aula do dia 12 de junho de 2013. In: **Curso "A função do Direito e do Risco na Construção do Futuro"**. Curitiba: UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito. Escola de Altos Estudos, de 22 de Maio a 12 de Julho de 2013.

<sup>2078</sup> FREUD, Sigmund. Os Atos Falhos. In: **Obras Completas, Volume 13. Conferências Introdutórias à Psicanálise (1916-1917)**. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, pp. 19 e ss.

*outra coisa quer se realizar – algo que aparece como intencional, certamente, mas de uma estranha temporalidade. O que se produz nessa hiância, no sentido pleno do termo ‘produzir-se’, se apresenta como ‘um achado’. É assim, de começo, que a exploração freudiana encontra o que se passa no inconsciente.*<sup>2079</sup>

Vê-se, portanto, também sob o prisma psicanalítico, quão importante é, para as partes, permitir-se ao magistrado a fala complementar no momento presente da inquirição das testemunhas em audiência. Com efeito, a partir de Lacan já se sabe que o “inconsciente é estruturado como linguagem”<sup>2080</sup> e, assim, é pela linguagem externada e pelos “tropeços” e “rachaduras” da fala que ele se apresenta. Como recorda Jacinto Coutinho, “a palavra pode restar sempre a mesma, mas não aprisiona o seu sentido que, escorregando, pode mudar o resultado, não poucas vezes sem o domínio do agente”<sup>2081</sup>. Desta forma, se é o inconsciente que move o decisório, é fundamental ter ao menos a chance de poder percebê-lo nos buracos da fala do magistrado antes da sentença ser prolatada. O presente da audiência, portanto, atua como condição de possibilidade da compreensão e como momento constitutivo também da decisão. Deixar o juiz isolado nesse processo de construção mental de sua decisão é, para as partes, “jogar” de olhos fechados.

Compreendido que é no momento presente da audiência que se deve dar maior efetividade ao contraditório e à ampla defesa em sua mais importante face ao longo do rito, resta delimitar o âmbito de atuação do magistrado no contexto da produção probatória, agora sob novos paradigmas – que não aquele da busca da verdade ou da cooperação processual – relegitimando a importância de sua participação que passa a

---

<sup>2079</sup> LACAN, Jacques. O Inconsciente Freudiano e o Nosso. In: **O Seminário. Livro 11. Os quatro conceitos fundamentais da psicanálise**. Ob. cit., p. 32.

<sup>2080</sup> LACAN, Jacques. O Inconsciente Freudiano e o Nosso. In: **O Seminário. Livro 11. Os quatro conceitos fundamentais da psicanálise**. Ob. cit., p. 27.

<sup>2081</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal. In: **Direito e Neoliberalismo. Elementos para uma Leitura Interdisciplinar**. Ob. cit., pp. 43-44, *verbis*: *Afinal, a palavra pode restar sempre a mesma, mas não aprisiona o seu sentido que, escorregando, pode mudar o resultado, não poucas vezes sem o domínio do agente. Nesta hipótese temos o chiste (que Freud analisou em uma obra clássica), assim como o ato falho, o sintoma, o lapso, o sonho; todos formações do inconsciente e, por conseguinte, produtos daquela estrutura. O importante é perceber, então, que nesse escorregar das palavras, nesse deslizar, Freud vê o modelo de toda formação. Eis porque, em Lacan, o sujeito constitui-se entre significantes, como pura diferença. O significante, então, remete a outro significante; e assim sucessivamente, em uma cadeia.*

ser considerada condição de redimensionamento das garantias das partes naquele revelante momento de compreensão da prova.

E essa participação do magistrado, que poderia ser lida num primeiro momento como uma afirmação do modelo cartesiano solipsista, nos moldes aqui trabalhados visa justamente reverter esse processo e premiar o modelo da intersubjetividade, levando em conta tanto a hermenêutica gadameriana, quanto os aspectos psicanalíticos.

Com efeito, se – como afirmam Lenio Luiz Streck, Rafael Tomaz de Oliveira e André Karam Trindade – é preciso “conquistar as condições” para que os “pré-juízos sejam debelados da interpretação” e se “isso só se consegue a partir da construção de um verdadeiro espaço público de discussão das fundamentações das decisões”<sup>2082</sup>, não se pode descurar que esse “espaço público” também ocorre – e antes – na audiência de instrução, mediante o acesso, pelas partes, do que vai à cabeça do juiz, já que este não consegue ser neutro em relação àquilo que julga. O problema é que o juiz não sabe que tem determinados preconceitos, pois estes muitas vezes são inconscientes. Assim, é preciso, igualmente, não confiar que os juízes – todos eles, sozinhos – conseguirão suspender seus pré-juízos e se conduzir a uma decisão que não seja produto apenas de sua vontade. Apostar todas as fichas nessa possibilidade autoirritante de mudança dos pré-juízos é desconsiderar que a formação do homem ocidental é tão fortemente arraigada no modelo racional cartesiano que somente depois de muito adestramento para o autocontrole se conseguiria aproximar o ser-no-mundo-juiz desse ideal de magistrado. Mesmo assim, dificilmente se teria como demonstrar que este ou aquele juiz assimilou uma nova postura processual e o mais provável é que o juiz continue se mantendo um sujeito tendente a agir de forma solipsista. De resto, ainda sobraria o inconsciente, do qual o juiz não consegue se desvincular.

Então, procurar controlar esse juiz, minimizando o solipsismo judicial e, arrisque-se a dizer, seu corolário que vem sendo a má recepção da ideia do “livre convencimento” em parcela da doutrina e da jurisprudência brasileiras, não se resolve com o simples afastamento do juiz das intervenções positivas de produção probatória, mas, ao contrário, levando em conta essa quase inevitável forma de agir do ser-no-

---

<sup>2082</sup> STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. TRINDADE, André Karam. Ob. cit., p. 20.

mundo juiz, deve-se usá-la no sentido reverso, com a “doença” sendo inocuízada em doses não letais, com cunho imunizante, como se procurará expor nas seções a seguir.

**Seção II – Superando o caráter alucinatório dos “quadros mentais paranoicos” e a má-compreensão dos “quadros mentais parafásicos” e caminhando para o efeito de iluminação e transformação com os “quadros mentais metanoicos”.**

*“Você disse ‘porco’ ou ‘corpo’?” o Gato perguntou. “Eu disse porco, respondeu Alice”.  
(LEWIS CARROLL)<sup>2083</sup>*

Como já explorado, na doutrina moderna de processo penal Franco Cordero consagrou a expressão “quadros mentais paranoicos” ao explicar a possibilidade de serem desenvolvidos determinados efeitos dissociados da realidade no âmbito da psique do magistrado quando este produz provas de ofício. Sucede que, como também já visto, esses efeitos podem ser produzidos na mente do sujeito, independentemente dele ter postura ativa ou passiva na questão probatória. Mesmo inerte, portanto, os “quadros mentais paranoicos” são capazes de serem produzidos e, assim, são capazes de serem os fios condutores da decisão que vier a ser externada na sentença, ainda que eles não transpareçam com toda sua potência na narrativa do texto e fiquem imunizados das críticas pela ampla possibilidade de manipulação retórica, como já foi bem detalhado por Nilo Bairros de Brum.

Mas o drama psicológico não se esgota na possibilidade de construção dos “quadros mentais paranoicos”, pois ao lado destes, também existe a ampla possibilidade de serem produzidos “quadros mentais parafásicos” na mente do julgador, isto é, existe também a possibilidade do juiz compreender mal, de haver mal-entendidos em sua tentativa de compreensão da prova e do caso penal. Nesse ponto, é fundamental o alerta de Schleiermacher:

---

<sup>2083</sup> CAROLL, Lewis. **Aventuras de Alice no País das Maravilhas & Através do Espelho e o que Alice Encontrou Por Lá**. Ob. cit., Capítulo VI.p. 79. Jakobson também cita essa passagem, com uma pequena variação de texto: *Você disse “porco” ou “porto”? Perguntou o Gato. Disse “porco”, respondeu Alice*. JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 36.

*Como todo discurso tem uma dupla relação, com a totalidade da linguagem e com o pensar geral de seu autor: assim também toda compreensão consiste em dois momentos, compreender o discurso enquanto extraído da linguagem e compreendê-lo enquanto fato naquele que pensa.*<sup>2084</sup>

A preocupação também é externada por Gadamer que igualmente considera necessário partir da proposição de Schleiermacher, segundo a qual, “compreender significa, de princípio, entender-se uns aos outros”<sup>2085</sup>. E, no caso do processo penal, como qualquer um que vivencie as salas de audiência já constatou, o juiz não raras vezes compreende mal aquilo que lhe é direcionado como prova, principalmente a testemunhal. Portanto, também aqui pode ocorrer a produção de um efeito na mente do julgador que passa pelo engano de compreensão, levando-o a acreditar noutra direção. Na cadeia de significantes que se forma na mente do juiz, a má-compreensão de um elo desta cadeia é o quanto basta para produzir um caminho divergente, pois o significante mal compreendido ressignifica os antecedentes, premiando os quadros mentais referidos por Cordero, os quais podem até mesmo apontar na direção errada da adequada compreensão do caso penal.

A questão é: como eliminar – ou ao menos minimizar – esses efeitos? Como perceber a necessidade de provocar uma ressignificação adequada na cadeia de significantes probatórios que são levados ao juiz e, também, como provocar uma ressignificação dos sentidos por ele pré-compreendidos que provoquem um efeito de iluminação no juiz capaz de fazê-lo mudar a forma de pensar a prova do caso penal?

Se é certo que o juiz pode produzir os chamados “quadros mentais paranoicos” de que fala Franco Cordero, apenas pelo fato de que é ser humano e todo ser humano tem essa tendência pelos seus pré-conceitos, ainda mais se levando em conta a influência do inconsciente na formação da compreensão do mundo, também é certo que, ainda pelo mesmo fato de ser humano, ele pode produzir “quadros mentais parafásicos”<sup>2086</sup>, isto é, compreender mal o que lhe foi dito no contexto da produção

<sup>2084</sup> SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E.. **Hermenêutica e Crítica. Volume 1.** Tradução de A. Ruedell, Ijuí: Unijuí, 2005, p. 95.

<sup>2085</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Ob. cit., p. 248.

<sup>2086</sup> Ver explicação de JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 46; ver também FREUD, Sigmund, **Sobre a Concepção das Afasias: um estudo crítico.** Ob. cit., pp. 31 e ss. e LACAN, Jacques. A Instância da

probatória. Nesse plano é importante a explicação de Roman Jakobson a respeito da afasia:

*(...) de acordo com um preconceito antigo, mas que renasce periodicamente, o modo de falar específico de um indivíduo num dado momento, batizado de idioleto, tem sido considerado a única realidade lingüística concreta. Na discussão desse conceito, foram levantadas as seguintes objeções:*

*Quando fala a um novo interlocutor, toda pessoa procura deliberada ou involuntariamente, encontrar um vocabulário comum: utiliza os termos dele, seja para agradar o interlocutor, seja simplesmente para ser compreendida ou, enfim, para livrar-se dele. A propriedade privada, no domínio da linguagem, não existe: tudo é socializado. O intercâmbio verbal, como qualquer forma de relação humana, requer dois interlocutores pelo menos, e o idioleto demonstra ser uma ficção algo perversa.*

*Esta afirmação, entretanto, exige uma reserva: para um afásico que perdeu a capacidade de "mudança 'de código" (code switching), o "idioleto" torna-se, na verdade, a única realidade lingüística. Enquanto não considerar o discurso de outrem como uma mensagem que lhe é dirigida em seus próprios modelos verbais, ele experimentará sentimentos que um paciente de Hemphil e Stengel assim exprimia: "Estou ouvindo perfeitamente, mas não posso compreender o que você diz (...) Ouço sua voz mas não as palavras. (...) Não é pronunciável". Ele considera o discurso do outro uma algaravia, ou, pelo menos, algo enunciado numa língua desconhecida.*<sup>2087</sup>

E mais adiante Jakobson ainda esclarece que “se um afásico se torna incapaz de decompor a palavra em seus elementos fonológicos, seu domínio da construção da palavra se enfraquece e desordens perceptíveis afetam em pouco os fonemas e suas combinações”<sup>2088</sup>.

No primeiro texto de Freud, datado de 1891 e curiosamente não publicado nas chamadas “Obras Completas”, vindo a lume em edição brasileira apenas em 2013, intitulado “Sobre a Concepção das Afasias: um estudo crítico”<sup>2089</sup>, Freud, ainda trabalhando apenas como médico neurologista e não em sua nova ordem psicanalista,

---

Letra no Inconsciente. In: **Escritos**, ob. Cit., p. 498 e ss. Ver ainda PEIRCE, Charles Sanders. *The icon, index and symbol. Collected Papers*. II Cambridge: Mass, 1932.

<sup>2087</sup> JAKOBSON, Roman. Ob. cit., pp. 46 e 47.

<sup>2088</sup> JAKOBSON, Roman. Ob. cit., p. 53.

<sup>2089</sup> FREUD, Sigmund. **Sobre a Concepção das Afasias: um estudo crítico**. Coleção Obras Incompletas de Sigmund Freud, Tradução de Emiliano de Brito Rossi, Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

já tratava de problemas de compreensão da linguagem: as afasias. Nesta obra, em análise crítica à forma pela qual os médicos do século XIX consideravam as afasias, Freud propôs um “esquema psicológico da representação da palavra”, dizendo que “à palavra corresponde um intrincado processo associativo para o qual concorrem os referidos elementos de origem visual, acústica e sinestésica”, e que, “todavia, a palavra” – ao menos os substantivos – “conquista seu significado por meio da conexão com a representação do objeto”<sup>2090</sup>. E esta “representação do objeto”, dizia Freud, é “um complexo associativo composto pelas mais diversas representações visuais, acústicas, táteis, sinestésicas, etc.”<sup>2091</sup>

Posteriormente, já embrenhado na construção da Psicanálise, em seu texto “O Ego e o Id”, Freud estabeleceu que a “verdadeira diferença entre uma idéia inconsciente e uma idéia pré-consciente (um pensamento) consiste em que o material da primeira permanece oculto, ao passo que a segunda se mostra envolta com representações verbais”<sup>2092</sup>.

Freud, então, considerou que uma variação da afasia, a “parafasia”, é “um distúrbio de linguagem no qual a palavra apropriada é substituída por uma inapropriada que, contudo, mantém sempre uma certa relação com a palavra correta”. E explica a parafasia se valendo das exposições do filólogo Delbrück, que assim a define:

*Trata-se de parafasia quando o falante utiliza uma palavra em vez de outra, que sejam ligadas em função de significado próximo ou que sejam ligadas uma à outra por meio de associação frequente, por exemplo, quando ele usa ‘pena’ em vez de ‘lápiz’, ‘Postdam’ em vez de ‘Berlim’. Além disso, quando ele confunde palavras que têm sons semelhantes, ‘manteiga’ (‘Butter’) em vez de ‘mãe’ (‘Mutter’), ‘cânfora’ (‘Campher’) em vez de ‘panfleto’ (‘Pamphlet’), e, finalmente, quando ele comete falhas na articulação (parafasia literal), nas quais letras isoladas são substituídas por outras.*<sup>2093</sup>

<sup>2090</sup> FREUD, Sigmund. **Sobre a Concepção das Afasias: um estudo crítico**. Ob. cit., p. 102.

<sup>2091</sup> FREUD, Sigmund. **Sobre a Concepção das Afasias: um estudo crítico**. Ob. cit., pp. 102/103.

<sup>2092</sup> FREUD, Sigmund. O Ego e o Id. In: **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, O Ego, o Id e Outros Trabalhos (1923 – 1925), Volume 19**. Rio de Janeiro: Imago, 1996, pp. 33-34.

<sup>2093</sup> FREUD, Sigmund. **Sobre a Concepção das Afasias: um estudo crítico**. Ob. cit., p. 41.



Para Freud a parafasia pode ser encontrada tanto em pessoas enfermas quanto em pessoas saudáveis, podendo se verificar “em função do cansaço, da atenção dividida ou por influência de afetos perturbadores, através do qual, por exemplo, nossos palestrantes tornam nossa escuta tão frequentemente algo penoso”<sup>2094</sup>. E prossegue dizendo lhe parecer apropriado considerar a parafasia “um sintoma puramente funcional, um indício de capacidade de desempenho menos acurada do aparelho associativo de linguagem”<sup>2095</sup>.

Em termos de processo penal, a possibilidade de o juiz construir o que se pode denominar, parafraseando Cordero, de “quadros mentais parafásicos” é plenamente factível, pois na comunicação que trava com a testemunha, seja ele inerte ou ativo nesse processo, encontram-se amplas chances desta dizer uma coisa e o magistrado entender outra. Assim, as pré-compreensões estruturantes e compartilhadas não são suficientes para segurar os sentidos da conversa travada entre o juiz, as partes e as testemunhas. A Hermenêutica Filosófica, sozinha, não dá conta dessa complexidade.

Ademais, além da sonoridade similar entre diversas palavras, conduzindo a compreensões tortas do quanto disse a testemunha, ainda há o problema dos significados regionais, das gírias locais ou de determinados grupos específicos que podem até ter um significado notório para quem reside na Comarca ou para quem integra o mesmo grupo social da testemunha, mas não será necessariamente assim compreendido pelo juiz. Ou seja, as palavras acabam ganhando significados próprios e regionais aos quais o magistrado nem sempre será familiarizado. Poderá, então, o magistrado, ressignificá-las para ajustá-las à sua pré-compreensão do mundo. Para ilustrar se explicita um exemplo de experiência própria: atendendo o povo como Promotor de Justiça na Comarca de Telêmaco Borba, interior do Paraná, recebe-se em gabinete duas famílias inteiras (pais, mães, tios, avós) e um jovem casal, o menino com treze anos e a menina com doze anos de idade. Sem qualquer interlocução inicial de apresentação, um dos adultos presentes, agindo como representante dos demais e se referindo ao jovem casal, se dirige ao Promotor dizendo: “Doutor, eles fugiram!”. No afã de resolver celeremente os mais variados problemas sociais das inúmeras pessoas

<sup>2094</sup> FREUD, Sigmund. **Sobre a Concepção das Afasias: um estudo crítico**. Ob. cit., p. 31.

<sup>2095</sup> FREUD, Sigmund. **Sobre a Concepção das Afasias: um estudo crítico**. Ob. cit., p. 31.

que se socorrem do Ministério Público em Comarcas do interior do país, pressionado por uma fila interminável de pessoas que aguardavam sua vez para “falar com o Promotor”, o que se pôde compreender é que a situação era simples e, então, parte-se direto para a “solução do caso”, dizendo-se às duas famílias presentes: “Bom, se fugiram já foram localizados, ótimo. Vejo que estão bem. Devem ter aprendido a lição com as dificuldades encontradas na rua. Não fujam mais! O lar e a família são importantes.” E se iniciava um discurso nesse sentido quando se foi interrompido pelo representante das famílias: “Doutor, o senhor não entendeu: eles fugiram!”. Retruca-se dizendo: “Sim, mas já foram localizados. O que importa é isso. Não fujam mais! O que desejam que se faça além desta recomendação?”. E mais uma vez o representante das famílias insistiu, agora dando entonação diversa na voz: “Doutor, o senhor ainda não entendeu. Eles fu-gi-ram, fu-gi-ram!!”, reforçando o tom e gesticulando com as mãos. Foi só então que se conseguiu compreender: “fugir” ali, para aquela comunidade e para aquelas famílias e naquele contexto, significava “manter relação sexual”. E o que as famílias queriam com a visita ao Promotor era promover o casamento dos dois em razão da tal “fuga”. Enfim, o verbo “fugir”, naquele momento, numa leitura parafásica do Promotor, vinculado àqueles dois adolescentes, apresentou um significado claro: abandono sorrateiro do lar com intuito de residir na rua, decorrente de alguma rebeldia própria da adolescência. Para a família dos adolescentes, no entanto e no mesmo contexto, o significado era outro, completamente diverso. A comunicação inicialmente falha provocou no receptor da mensagem dada pela família um “quadro mental parafásico”. Falaram uma coisa, entendeu-se outra. Caso não tivesse havido diálogo com os emissores da mensagem que permitisse aprofundar a compreensão, iluminar o mal-entendido, a compreensão da situação teria permanecido equivocada. No contexto da produção probatória em juízo, não raras vezes, percebe-se situação similar com o magistrado. Vale a lição de Cernelutti sobre o tema:

*O homem, quando pensa, faz a mesma coisa que quando caminha. Há estradas de planície; há estradas de montanha. E como se desenvolvem as estradas de montanha? Na planície, o caminhante pode andar de forma retilínea, mas, na montanha, tem que fazer o que os franceses denominam “tourniquets”. Eis aqui a comparação. Há, também, no terreno do pesamento, estradas de planície e de montanha. Este caminho, que deveria acabar no conceito de Direito, é*

*um rude sendeiro montanhoso. Disso decorre, pelo menos para mim, que não sou exímio alpinista, a necessidade das voltas.*<sup>2096</sup>

E prossegue Cernelutti esclarecendo que “o objeto determina-se mediante a atenção. (...) Para se enxergar uma coisa é necessário não olhar para as outras. Assim, o mundo divide-se numa multidão de objetos”<sup>2097</sup>. Nesse recorte, é preciso que as partes, ao mesmo tempo em que chamem a atenção do juiz para o que consideram relevante no caso também saibam o que lhe chama atenção para a compreensão do caso penal, pois o juiz, caso fique absolutamente inerte e mudo, terá a visão do fato apenas da sua janela. Ainda seguindo o raciocínio de Cernelutti, do mesmo jeito que a lei “deve compactar o fato numa espécie”<sup>2098</sup> (quando o legislador constrói o tipo – *fattispecie*), o juiz também acaba “compactando” o fato à sua compreensão de mundo. Nessa medida, não se desvincula o processo penal do paradigma da consciência, pois a compreensão da prova ainda continua orientada nos moldes da relação “sujeito-objeto”.

E nesse processo de “compactação” do fato à sua compreensão de mundo, construído no curso de tentar compreender o que diz a testemunha, vale aqui recordar o alerta de Wittgenstein de que “a língua é um labirinto de caminhos. Você vem de um lado, e se sente por dentro; você vem de outro lado para o mesmo lugar, e já não se sente mais por dentro”<sup>2099</sup>. Por isso, com Gadamer esclarece-se que o “verdadeiro problema da compreensão aparece quando o esforço de compreender um conteúdo coloca a pergunta reflexiva de como o outro chegou à sua opinião”, pois “é evidente que um questionamento como este anuncia uma forma de estranheza bem diferente, e significa, no fundo, a renúncia a um sentido comum”<sup>2100</sup>.

Assim, se os “quadros mentais parafásicos” podem facilmente se formar na mente do um-magistrado, estes acabam não apenas facilitando o caminho para a

<sup>2096</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Arte do Direito**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. São Paulo: Edicamp, 2001, p. 16.

<sup>2097</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Arte do Direito**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. São Paulo: Edicamp, 2001, p. 48.

<sup>2098</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Arte do Direito**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. São Paulo: Edicamp, 2001, p. 50.

<sup>2099</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Ob. cit., p. 114.

<sup>2100</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Ob. cit., p. 249.

construção dos “quadros mentais paranoicos”, mas inclusive os amplificam diante da inércia imobilizadora da compreensão do caso penal. Revela-se, então, a necessidade de provocar nesse mesmo julgador outros tipos de quadros mentais: os “quadros mentais metanoicos”.

“Metanoia” é palavra grega que significa “mudar de opinião”<sup>2101</sup> e foi muito explorada nos textos cristãos por conta de se atribuir a Jesus Cristo a pregação com esse intuito metanoico. Ao tratar da metanoia, Treadwell Walden explica que:

*Uma mudança de situação exterior induz uma mudança de consciência mental; uma mudança de consciência mental induz uma alteração da disposição moral; uma mudança de disposição moral induz uma mudança de vida para o exterior. Dê a um homem uma nova consciência e ele vai desenvolver uma nova natureza.*<sup>2102</sup>

No âmbito da Psicanálise, ao se analisar a possibilidade de se operar a metanoia no juiz em sua interlocução com a testemunha, vale também a referência de Jung quando assinala que o:

*encontro de duas personalidades é como uma mistura de duas substâncias químicas diferentes: no caso de se dar uma reação, ambas se transformam. Como se espera de todo tratamento psíquico efetivo, o médico exerce uma influência sobre o paciente. Influir é sinônimo de ser afetado. (...) De todo jeito, o paciente vai exercer sua influência, inconscientemente, sobre o médico, e provocar mudanças em seu inconsciente.*<sup>2103</sup>

Do quanto se disse acima, não é que se vá querer provocar no juiz uma nova forma de enxergar o mundo, uma total metanoia, mas sim apenas a possibilidade dele enxergar o caso penal de forma diversa, provocando-lhe um “quadro mental metanoico”, nos dizeres de Jung, ou um “quadro mental sublimador”, como já

<sup>2101</sup> DAVIS, Mary Ogden. **Metanoia. A Transformation Journey**. Marina Del Rey (California): De Vorss & Company, 1984, *Foreword*.

<sup>2102</sup> WALDEN, Treadwell. **The Great Meaning of Metanoia. An undeveloped chapter in the life and teaching of Christ**. New York: Thomas Whittaker, 1896, Reprint from the collections of the University of California Libraries, p. 61. Tradução nossa. No original, em inglês: *A change of outward situation induces a change of mental consciousness; a change of mental consciousness induces a change of moral disposition; a change of moral disposition induces a change of outward life. Give a man a new consciousness and he will develop a new nature.*

<sup>2103</sup> JUNG, Carl-Gustav. **A Prática da Psicoterapia. Obra Completa. Volume 16/1**. 15ª ed., tradução de Maria Luiza Appy, Petrópolis: Vozes, 2012, p. 85.

destacado acima e para usar a linguagem freudiana, que lhe permita mudar o modo de pensar, promovendo “uma orientação para novas metas”<sup>2104</sup>, permitindo-lhe “encontrar escoamento e emprego em outros campos” como refere Freud<sup>2105</sup>. E isso é mais provável de ocorrer se ele não for inerte, pois na inércia, na não-comunicação, em grande parte se esvazia a intersubjetividade, compromete-se a compreensão e a possibilidade mesmo desse quadro de mudança. Nesse sentido, mais uma vez o alerta de Jung:

*Na medida em que o médico se fecha a essa influência, ele também perde sua influência sobre o paciente. E, na medida em que essa influência é apenas inconsciente, abre-se uma lacuna em seu campo de consciência, que o impedirá de ver o paciente corretamente. Em ambos os casos, o resultado do tratamento está comprometido.*<sup>2106</sup>

Não obstante Jung se refira à relação médico-paciente, fica evidente o paralelismo possível na relação juiz-testemunha. O juiz poder formular perguntas complementares à testemunha, portanto, torna-se condição de possibilidade de se promoverem os “quadros mentais metanoicos”.

Enfim, para além do risco dos referidos “quadros mentais paranoicos” prevalecerem na compreensão do caso penal, também se corre outro sério risco de que o juiz se mantenha na crença de seu “quadro mental parafásico” com sua equivocada compreensão que é dada como certa na mente do um-julgador, sem que as partes tenham noção de que isto se operou. A “descoberta” desses quadros mentais alterados e equivocados somente se daria por ocasião da publicação da sentença. Ou seja: tarde demais. Ainda que se possa identificar o problema questionando os fundamentos usados na sentença, perdeu-se uma chance importante de provocar a mudança no julgador. O recurso pode ser até efetivo, mas porque esperar por ele se é possível obter o melhor resultado antes? O ideal, portanto, é que antes de se concluir o

<sup>2104</sup> FREUD, Sigmund. Três Ensaio Sobre a Teoria da Sexualidade. **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 07. Um Caso de Histeria. Três Ensaio Sobre a Teoria da Sexualidade e Outros Trabalhos (1901-1905)**. Ob. cit., p. 80.

<sup>2105</sup> FREUD, Sigmund. Três Ensaio Sobre a Teoria da Sexualidade. **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 07. Um Caso de Histeria. Três Ensaio Sobre a Teoria da Sexualidade e Outros Trabalhos (1901-1905)**. Ob. cit., p. 91.

<sup>2106</sup> JUNG, Carl-Gustav. Ob. cit., p. 86.

processo decisório, antes do juiz de-cidir, isto é, de cortar o elo comunicativo com as partes, ele possa externar o que vai à sua mente e, as partes antevendo as preocupações e os modos de enxergar o caso do juiz, possam provocar, também elas, novos questionamentos e promover novas intervenções que conduzam ao pretendido “quadro mental metanoico”.

Fazendo um contraponto, alguém poderia ponderar dizendo que o juiz ativo, quando questionado na dialeticidade da audiência, poderia querer fazer valer seus posicionamentos buscando novos elementos de convencimento, algo similar ao que ocorre nos “embargos declaratórios acolhidos sem efeito infringente”, nos quais alguns juízes costumam se sair dizendo que não precisam esclarecer nada mas ao mesmo tempo esclarecem a obscuridade questionada, usando frases de efeito retórico, como quem diz “não preciso esclarecer nada, pois está muito claro que quando disse tal coisa quis dizer isso, isso e aquilo outro”, sem assumir a obscuridade da própria fundamentação. Mas a questão não é essa, pois essa possibilidade dele se valer de uma argumentação de reforço de sua pré-compreensão pode ocorrer seja o juiz ativo, seja passivo na questão da prova. O que se abre de oportunidade na atuação secundária do juiz é a possibilidade das partes provocarem no magistrado o “quadro mental metanoico” pela percepção do que vai à sua mente. A atividade probatória secundária do juiz, portanto, é um mal-necessário que pode possibilitar a imunização dos seus efeitos perversos de “alucinação”, como se verá a seguir.

### **Seção III – A atividade probatória do juiz como vacina imunizante do decisionismo.**

*Dentro da lógica imunológica se abre um ângulo de visão que inverte a interpretação dominante. Nada permanece - deste esta prospectiva - da incompatibilidade entre o eu e o outro. O outro é a própria forma que assume a si mesma na qual o interior se cruza com o exterior, o próprio com o estranho, o imune com o comum.*

(ROBERTO ESPOSITO)<sup>2107</sup>

O filósofo italiano Roberto Esposito apresenta em sua obra *Immunitas*<sup>2108</sup>, sua forma de compreender a biopolítica, traçando um paralelo com o sentido biomédico da ideia de imunidade, vista como a condição de o organismo ser refratário ao perigo de contrair uma doença contagiosa, podendo ser uma imunidade natural ou adquirida pela vacina<sup>2109</sup>. Assim, “uma forma atenuada de infecção pode proteger de outra mais virulenta do mesmo tipo”<sup>2110</sup>. Deve haver, no entanto, um cuidado para que a dose não seja letal: “reproduzir de forma controlada o mal que deve proteger”. Evidencia-se, portanto, uma relação próxima entre proteção e negação da vida, pois “o veneno é vencido pelo organismo não quando é expulso para fora dele, mas quando, de alguma maneira, passa a fazer parte dele”<sup>2111</sup>.

Quando se transporta essa análise comparativa para o processo penal, fazendo-o dentro das balizas de proibição de excesso, de um lado, e de proibição de proteção insuficiente, de outro, as quais foram propostas na Segunda Parte deste trabalho para complementar a orientação do sistema acusatório no processo penal brasileiro, pode-se pensar como trabalhar essa questão na atividade probatória do magistrado, minimizando a possibilidade de um decisionismo solipsista.

Frise-se, aqui, a necessidade de se abandonar os pré-juízos valorativos a respeito das categorias com pretensão de pureza dos sistemas nessa discussão. Somente com a retirada do Véu de Maia dessa dicotomia pretensamente pura e pensando o tema a partir do sistema acusatório que seja orientado pelos dois princípios funcionais da proibição de excesso e da proibição de proteção insuficiente é que se consegue compreender a questão sob o prisma do que ela efetivamente representa.

<sup>2107</sup> ESPOSITO, Roberto. *Immunitas. Protezione e negazione della vita*. Torino: Einaudi, 2002, p. 207. Tradução nossa. No original, em italiano: *Dentro la logica immunitaria si apre un angolo di visuale che ne rovescia l'interpretazione prevalente. Nulla resta - da questa prospettiva - della incompatibilità tra il sé e l'altro. L'altro è la forma stessa che assume il sé laddove l'interno s'incrocia con l'esterno, il proprio con l'estraneo, l'immune col comune.*

<sup>2108</sup> ESPOSITO, Roberto. *Immunitas. Protezione e negazione della vita*. Ob. cit.

<sup>2109</sup> ESPOSITO, Roberto. *Immunitas. Protezione e negazione della vita*. Ob. cit., pp. 09-10.

<sup>2110</sup> ESPOSITO, Roberto. *Immunitas. Protezione e negazione della vita*. Ob. cit., p. 10. Tradução nossa. No original, em italiano: *una forma attenuata di infezione può proteggere da una più virulenta dello stesso tipo.*

<sup>2111</sup> ESPOSITO, Roberto. *Immunitas. Protezione e negazione della vita*. Ob. cit., p. 10. Tradução nossa. No original, em italiano: *Il veleno è vinto dall'organismo non quando è espulso al suo esterno, ma quando in qualche modo viene a far parte di esso.*

Para início de análise se deve levar em conta que o juiz pode construir “quadros mentais paranoicos” a respeito do caso penal e agir de forma decisionista (e, portanto, arbitrária), seja ele inerte ou ativo na questão probatória, como se deixou claro nas seções anteriores. Não é a inércia que evita a construção de “quadros mentais paranoicos”. Como refere Rui Cunha Martins, “o ponto cego é privilégio de quem vê”<sup>2112</sup>. Ou seja: basta ao juiz “ver” a prova, “ouvir” a testemunha e o ponto cego já estará presente, pois não consegue apreender o todo dessa fala. Ademais, o caráter alucinatório que pode se ter criado com as convicções mescladas em crenças que decorrem da natural ausência de neutralidade do juiz ser-no-mundo e mesmo os “quadros mentais parafásicos” que possam ter sido nele criados pela má-compreensão do que foi dito pelas partes e pelas testemunhas, não podem ser eliminados sem uma autoirritação da mente do juiz provocada pelas circunstâncias e condições do ambiente que permitam criar condições para a metanoia ou para a sublimação, como já foi explorado acima.

Portanto, é somente criando condições de ambiente que permitam provocar mudanças na maneira do juiz formar suas convicções que se fará com que as garantias do contraditório e da ampla defesa ganhem uma nova dimensão de amplitude. Diante dessa complexidade surge o dilema: permitir ou não permitir que o juiz fale com a testemunha, com o réu, enfim, que ele dialogue complementarmente com a prova no processo.

Como já visto, o problema evidenciado nos modelos processuais nos quais o magistrado atua com ampla liberdade probatória, nos quais ele é o senhor absoluto da gestão da prova, é que ele acaba, até mesmo de forma inconsciente, deixando aflorar toda sua natural ausência de neutralidade e, porque pode ter construído seus referidos “quadros mentais paranoicos” e porque também está sempre sujeito aos “quadros mentais parafásicos”, estará, nestes casos, sempre em busca de resultados probatórios que lhe sirvam de conforto mental. Se nesse modelo as partes são colocadas em perspectiva secundária, trabalhando apenas depois da atividade do magistrado, muito pouco restará para provocar mudanças no modo de compreender o caso penal. Desta forma, se o juiz atuar livremente como principal protagonista o

---

<sup>2112</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. *The Brazilian Lessons***. Ob. cit., p. 01.



resultado é amplamente favorável à prevalência das possíveis hipóteses criadas em sua mente sobre os fatos, como já alertava Cordero.

Essas iniciativas probatórias do magistrado, portanto, consideradas de forma dominante, escanteadas as partes do protagonismo probatório, como ocorria no chamado sistema presidencialista brasileiro anterior à reforma do Código de Processo Penal de 2008, no qual toda e qualquer intervenção das partes somente ocorria ao final e sempre filtrada pelo juiz, provocam violação do princípio norteador do sistema acusatório da proibição de excesso. Aliás, eram a expressão de um sistema fundado no paradigma filosófico da consciência, no qual o juiz se basta para compreender a prova e o caso penal, no qual ele, senhor dos sentidos, assujeita, solipsisticamente, a prova e o caso. De resto, exacerbar o poder do magistrado no momento da produção da prova, transformando-o no principal protagonista da audiência, é acabar com qualquer possibilidade de freio aos efeitos de alucinação que as provas possam provocar. Estaria, portanto, violado o sistema acusatório, lido sob a ótica da gestão da prova pelas partes.

De outro lado, essa questão da atividade probatória complementar do magistrado não pode continuar a ser vista como algo a ser evitado a qualquer custo com a simples alusão autorreferente do mote pejorativo de que isso seria “inquisitório”, como tem pregado parte da doutrina mais moderna de processo penal.

De fato, proibir-se por completo qualquer atividade probatória complementar do juiz acaba conduzindo a outro problema, desconsiderado pela mesma doutrina em decorrência da cegueira gerada pela vinculação à dicotomia dos sistemas “puros”: provoca-se o efeito de falta de não se explorar toda a potencialidade das garantias do contraditório e da ampla defesa e, portanto, viola-se a segunda baliza interpretativa do sistema acusatório do processo penal brasileiro: a vedação de proteção insuficiente. Se é possível fazer com que a ampla defesa e o contraditório atuem no âmbito da produção da prova e na proteção dos direitos do cidadão, no caso, do acusado, da forma mais suficiente possível, essa deve ser uma preocupação do sistema acusatório.

Assim, o que se pode fazer aqui é buscar uma forma de procurar anular ou diminuir os efeitos negativos dessa ausência de neutralidade na tomada de decisão do

magistrado. Para tanto, usa-se um *phármakon*<sup>2113</sup>, isto é, um remédio que tem a ambivalência de ser, simultaneamente, medicina e veneno, agindo como antídoto – como fator imunizante – à ausência de neutralidade e que, simultaneamente, permite dar maior efetividade ao contraditório e à ampla defesa<sup>2114</sup>.

Com efeito, para que os princípios do contraditório e da ampla defesa funcionem, em toda sua potencialidade, como mecanismos de fechamento da discricionariedade do juiz e de ressignificação dos sentidos, provocando-lhe um efeito de iluminação e consequente metanoia em relação ao quanto ele vinha considerando mentalmente, é preciso que uma dose da “doença” seja inoculada no processo. Isto é, é preciso que certa dose de intervenção do magistrado no momento da produção probatória seja inoculada no processo para permitir sua imunização ao risco de contaminação dado pela ausência de neutralidade. Somente assim as partes poderão antever o que vai à mente do juiz e provocar condições de ambiente que permitam gerar a autoirritação necessária para produzir a ressignificação que gere a mudança de enxergar o caso penal, produzir o que aqui se denomina de “quadro mental metanoico”.

#### **Seção IV – A identidade física do juiz como complemento fundamental do efeito metanoico.**

*No império isso era muito típico (...) Porque quando mudava a situação política, a primeira coisa era trocar o juiz e o padre. Então, isso sempre foi uma prática normal no interior, e quando havia resistência, evidentemente se abria um conflito e quase sempre quebrava para o lado mais fraco...*

(PADRE JOSÉ OSCAR BEOZZO)<sup>2115</sup>

No plano da Hermenêutica Filosófica se pode dizer que não há problema algum na troca de um juiz por outro no curso do processo penal, porquanto o segundo juiz –

<sup>2113</sup> ESPOSITO, Roberto. *Immunitas. Protezione e negazione della vita*. Ob. cit., pp. 145 e ss..

<sup>2114</sup> ESPOSITO, Roberto. *Immunitas. Protezione e negazione della vita*. Ob. cit., p. 18.

<sup>2115</sup> In: DINES, Alberto; FERNANDES JR., Florestan; SALOMÃO, Nelma. **Histórias do Poder: Militares, Igreja e Sociedade Civil. 100 anos de política no Brasil. Volume 1**. São Paulo: Editora 34, 2000, p. 45.

que profere a sentença - tem tanta responsabilidade política quanto o primeiro – que participou da instrução probatória. Isto é, se no âmbito da Hermenêutica Filosófica, o juiz, porque é ser-no-mundo, opera a partir de uma linguagem pública, pré-compreendida, intersubjetivamente compartilhada, e age pautado pela autoridade da tradição e pela consciência dos efeitos que a história tem sobre ele, seja quem for o juiz, ele terá que decidir suspendendo seus pré-conceitos inautênticos e dar a resposta adequada que dele se espera como ator com responsabilidade política, como refere Lenio Streck.

No entanto, é também aqui que a Hermenêutica Filosófica parece não conseguir dar conta – sozinha – da possibilidade concreta de o juiz não ser suficientemente doutrinado a compreender esse seu papel e dos possíveis constrangimentos posteriores – v.g. recursos e críticas doutrinárias – não serem suficientes para evitar o problema da discricionariedade no caso concreto. Frise-se: não se ignora o importante papel da Hermenêutica Filosófica no constrangimento que visa evitar o uso de linguagens privadas do magistrado na sentença e exige dele um compromisso político no exercício de sua função. Esse papel é significativamente relevante para controlar o juiz *a posteriori*, isto é, analisando sua fundamentação e criticando-a pela via recursal. Porque a linguagem usada pelo juiz é compartilhada e pública se pode, como parte, questionar a compreensão do magistrado, e isso também pode ser feito pelo Tribunal em grau de recurso. Mas há aspectos que antecedem esse momento e que operam justamente na seleção das provas no presente da audiência e que não são absolutamente controláveis pelas partes porque são igualmente incontroláveis pelo próprio juiz em seu processo decisório, conforme detalha a Psicanálise e a Psicologia Cognitiva e até mesmo a Neurociência, nos moldes acima já trabalhados. Neste ponto, portanto, entende-se que os mecanismos aqui desenvolvidos que visam diminuir/eliminar a discricionariedade do processo decisório no presente da audiência, não podem ser desconsiderados e relegados ao plano do controle *a posteriori* em relação à sentença. Se a compreensão da prova se dá no presente da audiência e através de perguntas que permitam o hermeneuta-juiz suspender seus pré-conceitos inautênticos e ir do todo à parte e desta ao todo, revelando-se no interior desse círculo hermenêutico, é esse juiz que deve proferir a sentença.

Assim, diante de tudo quanto foi exposto a respeito da necessidade de se criarem condições de possibilidade das partes interferirem no processo decisório do juiz em audiência, ganha destaque, para completude dos efeitos de metanoia que se consiga projetar na captura psíquica do juiz, o princípio complementar denominado da “identidade física do juiz”, desdobramento do princípio do “juiz natural” e inserido no Código de Processo Penal brasileiro no § 2º do art. 399, após a reforma de 2008, *verbis*: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

Como se vê da redação do dispositivo legal, o princípio da identidade física do juiz se compreende na exigência de que o juiz sentenciante seja o mesmo que presidiu a audiência de instrução probatória. Ou seja, não basta se garantir um juízo com competência prévia e prevista em lei em relação ao fato que irá julgar (juiz natural), mas se deve igualmente garantir que a mesma pessoa física atue em ambos os atos: de instrução e de sentença.

A doutrina moderna de processo penal, a exemplo de Eugênio Pacelli de Oliveira, costuma destacar apenas as justificativas mais evidentes da manutenção deste princípio, quais sejam, imediatidade, livre convencimento motivado e persuasão racional na sentença<sup>2116</sup>. Jorge de Figueiredo Dias, por sua vez, desde 1974, aproxima-se de outro aspecto aqui defendido, ao dizer que o princípio da imediação decorre da “relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de modo tal que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão”, tudo indicando certa forma de obter a decisão<sup>2117</sup>. E complementa, esclarecendo que esta é garantia da “oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através da sua audição pelo tribunal, no decurso do processo”<sup>2118</sup>.

Esta “proximidade comunicante”, referida por Figueiredo Dias com clareza peculiar, é que deve ser levada em conta na questão da identidade física do juiz. De fato, deve haver uma “proximidade comunicante” não apenas entre o juiz e as partes, mas também entre ele e as provas testemunhais. Sucede que o detalhe é que essa

<sup>2116</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 321.

<sup>2117</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**. Ob. cit., p. 232.

<sup>2118</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**. Ob. cit., p. 153. MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal Argentino, 1b**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, pp. 316 e ss., vai na mesma linha.

“proximidade comunicante” existe, como regra, até o momento no qual o juiz conclua seu processo decisório, o que normalmente<sup>2119</sup> ocorre na audiência e não por ocasião da prolação da sentença. Como recorda Nilo Bairros de Brum, “geralmente, chegado o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu”<sup>2120</sup>. E, “de-cidir”, repita-se, é cortar o elo comunicante, isto é, o elo comunicante com as partes e com a prova. Pode ocorrer quando o juiz, mentalmente, diz para si mesmo: “já entendi”, seja para condenar, seja para absolver; ou quando, pela dúvida é conduzido a dizer também para si: “a prova é fraca”. Assim, o que vem externado na sentença é apenas o espelho do que já ia à cabeça do juiz na audiência, agora camuflado retórico-argumentativamente pela exigência de fundamentação. Resta claro, então, que “trocar” o juiz por ocasião da prolação da sentença pode ser prejudicial às partes e à efetividade das garantias do contraditório e da ampla defesa, anulando os “quadros mentais metanoicos” ou “sublimadores” que possam ter sido alcançados no processo dialógico da audiência.

Assim, para que a imediação e a produção secundária da prova produzida em audiência tenham o efeito que se pretende alcançar reproduzido na sentença, é preciso que a mesma pessoa que passou pelo constrangimento das evidências no curso da

---

<sup>2119</sup> É claro que não se ignora a possibilidade de o juiz ter “decidido” mentalmente até mesmo antes da audiência. Afinal o juiz decide “porque pensa”, como refere Jacinto Coutinho, e, assim, pode concluir um processo mental antes mesmo da produção da prova, notadamente num processo no qual a prevenção (art. 83 do Código de Processo Penal) não raras vezes delimita a competência do juiz ainda na fase pré-processual. Ou seja: um juiz que toma decisões cautelares no curso da investigação ou que decide receber a denúncia, por exemplo, tende a tomar forma convencimento a respeito do fato antes mesmo do momento da instrução probatória. O ideal, por evidente, é que o juiz que atuou até o recebimento da denúncia não seja o mesmo que atue na instrução do processo e na prolação da sentença. Decorre daí a proposta do novo Código de Processo Penal a respeito do “juiz de garantias” que atuaria apenas até o recebimento da denúncia. Sobre este tema, a doutrina moderna já tem se posicionado. Vide, por exemplo, na doutrina nacional: LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 259 e ss.; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. Ob. cit.; CHOUKR, Fauzi Hassan. O Juiz de Garantias na Reforma do Código de Processo Penal. In: **Processo Penal, Constituição e Crítica: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, pp. 267-276; e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito ao Julgamento por Juiz Imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: **Processo Penal, Constituição e Crítica: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, pp. 343-363; e na doutrina estrangeira: MOURAZ LOPES, José António. **A tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português**. Boletim da Faculdade de Direito. *Estudia Iuridica* nº 83, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

<sup>2120</sup> BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**. Ob. cit., p. 72.

audiência e atingiu níveis de compreensão que geraram os chamados “quadros mentais metanoicos”, seja a mesma a elaborar a sentença.

Com efeito, é pela imediação e participação ativa secundária que o juiz estará em contato direto com a prova produzida em audiência. Como já se disse acima, o processo penal é um ritual que busca promover o (re) conhecimento de um fato pretérito, que deve ser feito por alguém que dele não participou, e que, portanto, não o conhece, mas precisa conhecê-lo<sup>2121</sup>, através de quem já o conheceu (notadamente as testemunhas), para sobre ele decidir. Como refere Santiago Sentís Melendo, “não se pode julgar o que não se conhece e não se conhece o que chega mediatizado, através ou com a interposição de um diagrama”<sup>2122</sup>. Assim é que o juiz se instrui sobre os fatos expostos na denúncia e apontados pela defesa e de tudo traça um painel cognitivo do que compreendeu ter acontecido e, por ocasião da sentença, reconstrói, discursivamente, o que resultou dessa compreensão, explorando as provas produzidas.

Os efeitos metanoicos ou sublimadores que podem ter sido gerados na dialogicidade da audiência, decorrência da imediação entre o magistrado e a prova arrecadada, somados aos constrangimentos epistêmicos das evidências promovidos pelas partes, somente se prolongam à sentença se o mesmo juiz for o sentenciante.

Convém, então, valorizar o direito das partes de se fazerem ouvir pelo magistrado que proferirá a sentença. O acusado, inclusive, tem o direito de travar contato pessoal com o “seu” julgador, projetando sobre ele sua versão e suas razões. Até porque – numa leitura às avessas do papel do juiz, das testemunhas e das partes nesse contexto da audiência – as expressões faciais e corporais que o magistrado possa externar no momento da coleta da prova, e também suas complementações de fala produzidas no contexto da audiência, permitem às testemunhas e às partes, na essência, perceber o que vai à cabeça do magistrado no curso da coleta da prova, perceber como ele está recepcionando a prova, se prestou atenção ao que foi dito e como está formando sua convicção neste mesmo momento, reagindo com novas

---

<sup>2121</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, Para os Operadores do Direito**. Ob. cit., p. 79.

<sup>2122</sup> SENTÍS MELEND, Santiago. **La Prueba. Los Grandes Temas de Derecho Probatorio**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1978, p. 476. Tradução nossa. No original, em espanhol: *No se puede juzgar lo que no se conoce y no se conoce lo que llega mediatizado, a través o con la interposición de un diagrama*.

reflexões e ponderações a respeito do fato em análise<sup>2123</sup>. Gomes Filho acrescenta que a audiência representa “o ponto de observação privilegiado para aferir-se a efetividade do direito das partes a influir no acerto dos fatos”<sup>2124</sup>. Essa percepção, assim, de forma antecipada, permite às partes também acrescentar dados que ampliarão a reconhecimento do fato pelo magistrado, nele provocando reflexões que podem conduzi-lo até mesmo a uma metanoia, como já destacado acima. No entanto, se o juiz que participa da audiência de instrução é diverso do que proferirá a sentença, minimiza-se ou até mesmo se anula essa possibilidade.

Portanto, preservar a mesma pessoa que participou da instrução no momento de prolação da sentença permite se dar a amplitude de efetividade aos princípios de ampla defesa e contraditório, os quais, do contrário, ficariam mitigados pela distância entre seu exercício e o julgador. É o que Carlo Lessona – não obstante trabalhasse com “verdade” como um objetivo e pensasse a partir do processo civil – sintetizou na ideia de “iluminar o juiz.”<sup>2125</sup>.

Sucedo que a jurisprudência brasileira, porquanto trabalha ainda fortemente pautada pela visão unitária da Teoria Geral do Processo (na qual se privilegia a visão civilista do processo), e porquanto o princípio da identidade física do juiz tenha sido estruturado primeiro no processo civil, não tendo a nova regra da reforma parcial de 2008 do Código de Processo Penal brasileiro se preocupado em detalhar questões atinentes às férias, remoções, promoções, licenças e aposentadorias dos juizes, acaba mitigando a observância dessa regra, o que resulta em sua muito pouca eficácia prática. Com efeito, a jurisprudência brasileira tem adotado nos processos penais a regra do art. 132 do Código de Processo Civil, aplicando-a analogicamente por se tratar do mesmo tema e por força da lacuna no Código de Processo Penal, nos termos de seu art. 3º. Essa regra civilista diz que em caso de convocação, licença, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria, a regra da identidade física do juiz é excepcionada, *verbis*:

---

<sup>2123</sup> Sobre o tema vide, dentre outros: JAUCHEN, Eduardo M.. **Estrategias de Litigación Penal Oral (Sistema acusatório adversarial. Teoría y práctica)**. Santa Fe, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pp. 325 e ss..

<sup>2124</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Ob. cit., p. 160.

<sup>2125</sup> LESSONA, Carlo; LESSONA, Silvio. **Trattato delle Prove in Materia Civile**. Vol. 5, 3ª ed., Firenze: Fratelli Cammelli, 1924, p. 69. *L'intervento ordinato d'ufficio non há per fine nè la difesa, nè la condanna d'um terzo, ma tende solo a illuminare la giustizia a far si che il suo pronunciato sia conforme a verità.*

*Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.*

Por interpretação extensiva, a jurisprudência se utiliza da regra também para as hipóteses de remoção do magistrado<sup>2126</sup>. O que sobra, então, da identidade física do juiz no atual modelo se circunscreve à casuística, extremamente rara na prática, de haver dois juízes com idêntica competência territorial, material e ainda atuando em conjunto na mesma Vara. Neste caso incomum, evita-se que um deles possa julgar os processos que o outro instruiu. Nada mais. Essa visão civilista deve ser revista no âmbito da proposta aqui defendida e de um processo penal que seja pautado pela baliza de proibição de proteção insuficiente. Com efeito, no caso de não se observar a identidade física do juiz, as garantias do contraditório e da ampla defesa se revelam insuficientes, pois o que se pretende com elas é que as partes possam ver o resultado de sua captura psíquica do juiz externado na sentença.

Diante deste quadro, caso haja necessidade, por qualquer razão, de se trocar o juiz que participou da instrução probatória oral em relação àquele que irá sentenciar, haverá igual necessidade de se repetir a produção desta prova perante o novo juiz, evitando-se o processo de descontinuidade da captura psíquica do magistrado. Nesse sentido, também é a lição de Eduardo Jauchén, tratando do processo penal argentino, que sintetiza a questão dizendo que “em caso de incapacidade, falecimento ou qualquer outro fator que impossibilite manter a mesma integração até o final, será preciso renovar o debate em sua integralidade”<sup>2127</sup>. E complementa, dizendo que “para

<sup>2126</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 395152 / PB nº 2013/0307936-0**, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 06/05/2014, disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), acesso em 21 de agosto de 2014, *verbis*: *O princípio da identidade física do juiz, introduzido no sistema processual penal pátrio pela Lei n.º 11.719/2008, deve ser analisado, conforme a recente jurisprudência da Quinta Turma deste Superior Tribunal, à luz das regras específicas do art. 132 do Código de Processo Civil. Dessa forma, tem-se que, nos casos de convocação, licença, promoção, férias, ou outro motivo legal que impeça o Juiz que presidiu a instrução sentenciar o feito, o processo-crime será julgado, validamente, por outro Magistrado. Precedentes. 4. Segundo entendimento desta Corte, a remoção do Magistrado está dentro das hipóteses do art. 132, do Código de Processo Civil, configurando exceção à obrigatoriedade de ser o processo-crime julgado pelo Juiz que presidiu a instrução.*

<sup>2127</sup> JAUCHÉN, Eduardo M.. **El Juicio Oral en el Proceso Penal**. Santa Fe, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 41. Tradução nossa. No original, em espanhol: *en caso de incapacidad,*



evitar este último inconveniente, algumas legislações preveem a possibilidade de que em casos complexos se designe, desde o início do debate, juízes suplentes que presenciem também integralmente as audiências para uma eventual substituição em caso de impedimento insuperável de algum dos integrantes titulares”<sup>2128</sup>.

Consolidam-se, assim, as condições de possibilidade de vir a se obter algo próximo de uma “resposta correta”, ou “adequada”, que abarque não apenas a hermenêutica do texto – como defendido por Dworkin e Lenio Streck –, mas que alcance também a interpretação da prova, reduzindo ao máximo a discricionariedade judicial na valoração probatória.

## Seção V – Propostas *de lege ferenda* na reforma processual penal brasileira.

*O progresso é impossível sem mudança, e aqueles que não conseguem mudar suas mentes, não conseguem mudar nada.*

(GEORGE BERNARD SHAW)<sup>2129</sup>

De tudo quanto foi considerado resta agora definir quais poderiam ser as medidas adotadas pelo legislador brasileiro para provocar ajustes legais capazes de minimizar a discricionariedade judicial também na valoração da prova e dar maior amplitude às garantias do contraditório e da ampla defesa.

Essa preocupação é reforçada pela premência que se tem na reformulação da legislação processual penal brasileira para ajustá-la definitivamente à Constituição da República.

Como já se destacou ao longo do texto, a primeira providência que se sugere em relação ao Projeto de Lei nº 156/2009 (novo Código de Processo Penal brasileiro),

---

*fallecimiento o cualquier outro fator que imposibilite mantener la misma integración hasta el final, será preciso renovar el debate en su integridad.*

<sup>2128</sup> JAUCHEN, Eduardo M.. **El Juicio Oral en el Proceso Penal**. Ob. cit, pp. 41-42. Tradução nossa. No original, em espanhol: *Para evitar este último inconveniente, algunas legislaciones prevén la posibilidad de que en casos complejos se designe, desde la apertura del debate, jueces suplentes que presencien también íntegramente las audiencias para un eventual reemplazo en caso de impedimento insuperable de alguno de los integrantes titulares.*

<sup>2129</sup> GRAHAN, David. **Inside the Mind of George Bernard Shaw**. Los Gatos, CA: David Grahman/Smashword, 2014, tradução nossa. No original, em inglês: *Progress is impossible without change, and those who cannot change their minds cannot change anything.*

é não aprovar a redação nos termos propostos ao novel art 4º do Projeto, mantendo a referência expressa à adoção do chamado “sistema acusatório”, mas retirando a segunda parte alusiva à produzir provas apenas em relação ao acusado e acrescentando que o sistema deva ser orientado pelas balizas de proibição de excesso e de proibição de proteção insuficiente, o que se justifica pela ampla disparidade conceitual a respeito do que seria o “sistema acusatório”, e pela consequente disparidade de vinculação discursiva para “validar” ou “invalidar”, em linha de certa forma até mesmo maniqueísta, determinados temas de processo penal, conforme pontuado na Parte II deste trabalho. Assim, ainda que se possa dizer que “o mundo inteiro sabe o que é o sistema acusatório”, também é possível dizer que cada um sabe “ao seu modo”, com o seu “princípio unificador”, com o seu “modelo” de acusatoriedade, usando a bandeira do “sistema acusatório” toda vez que pretenda dar importância a um instituto de processo penal que lhe interesse e usando a referência pejorativa ao “sistema inquisitório” toda vez que pretenda invalidar algo que não esteja de acordo com seu modo de pensar o mundo. O curioso é que, dependendo do autor, pode-se dizer do mesmo tema de processo penal que é “acusatório” e “inquisitório”, tudo a depender do ponto de vista.

A redação sugerida, então, seria nestes termos:

*Art. 4. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos na Constituição da República, nos Tratados e Convenções Internacionais dos quais o Brasil seja signatário, e neste Código, orientado pelo princípio da disponibilidade relacionada à gestão das provas pelas partes e pelos princípios complementares de proibição de excesso e de proibição de proteção insuficiente.*

E essa reforma tem importância visível justamente aqui, quando se discute se o juiz pode formular perguntas adicionais por ocasião da produção da prova testemunhal. Alguns autores<sup>2130</sup> dizem taxativamente que o juiz não poderia fazer sequer perguntas

---

<sup>2130</sup> V.g. BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e 11.719/08**. Ob. cit., pp. 50-51; TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. **O Novo Sistema de Provas no Processo Penal. Comentários à Lei 11.690/08**. Ob. cit., p. 65; AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. Ob. cit., pp. 463-464; EBERHARDT, Marcos. Reformas Processuais Penais no Âmbito da Produção Probatória. In:

complementares, mesmo que seja em favor da defesa, e que insistir nessa possibilidade equivaleria a manter o sistema inquisitório. Já outros autores<sup>2131</sup> (em menor número) admitem a complementação da ouvida a testemunha pelo juiz, entendendo que tal possibilidade é compatível com o sistema acusatório.

Na primeira linha de compreensão serve de exemplo a doutrina de Luigi Ferrajoli defendendo que no sistema acusatório os testemunhos devem ser entregues “exclusivamente à interrogação das partes” e que “representam resíduos inquisitórios” o interrogatório e a oitiva das testemunhas pelo juiz, como deixa claro nesta passagem de “Direito e Razão”:

*Igualmente os testemunhos, extorquidos pelo juiz e dotados de valor probatório legal na inquisição, são entregues no processo acusatório exclusivamente à interrogação pelas partes, submetidos ao seu exame cruzado, vinculados à espontaneidade e ao desinteresse das testemunhas, delimitados no objeto e na forma pelas proibições de perguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas ou destinadas a obter apreciações ou juízos de valor. De fato, representam resíduos inquisitórios o interrogatório (a oitiva) das testemunhas pelo juiz.*<sup>2132</sup>

Seguindo o mesmo caminho e comentando o Anteprojeto de Novo Código de Processo Penal brasileiro, Clara Maria Roman Borges também enxerga na complementação probatória do juiz uma ameaça inquisitorial, *verbis*:

---

**Reformas do Processo Penal.** NUCCI, Guilherme de Souza (Organizador). 2ª ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, pp. 99-134, p. 123; FIORI, Ariane Trevisan. O Desafio do Novo. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, pp. 69-75, p. 74; HARTMANN, Helen. Alguns Apontamentos Sobre o Projeto de Lei 156/2009-PLS e o Interrogatório do Acusado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., p. 81; BORGES, Clara Maria Roman. A Permeabilidade Inquisitorial de Um Projeto de Código de Processo Penal Acusatório. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, pp. 25-36, p. 35.

<sup>2131</sup> V.g. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório e Outras Questões Sobre a Reforma Global do CPP. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho (Organizadores) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. Volume 2**. Ob. cit., pp. 20-21; LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Ob. cit., p. 657.

<sup>2132</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. Ob. cit., p. 489.

*Para que este novo sistema se concretize, o princípio que unifica as disposições do projeto não pode ser relativizado, isto é, a vedação aos poderes instrutórios do juiz deve continuar hígida e se possível deve ser radicalizada para mantê-lo completamente inerte e distante da tentação de sair em busca de uma “verdade real” dos fatos que nunca alcançará.*

*(...) O genuíno sistema acusatório suprime qualquer possibilidade de produção de provas pelo juiz e não por outro motivo esta proposta acertadamente sugere que ele poderá substituir a atuação probatória de nenhuma das partes. Deste modo, a aprovação desta nova redação implicaria devidos acertos na costura do sistema no sentido de impedir que o juiz produza provas para esclarecer dúvida, conforme art. 162 do Substitutivo; ou que não produza aquelas consideradas irrelevantes, nos termos do art. 163, ou que indefira as perguntas das partes às testemunhas, bem como que faça a elas suas próprias perguntas, como previsto no art. 176.<sup>2133</sup>*

Augusto Jobim do Amaral também compreende que a possibilidade do juiz buscar esclarecimentos adicionais na inquirição da testemunha, nos moldes do Projeto de Lei 156/2009, “fragilizaria” o sistema acusatório, *verbis*:

*Se o enorme avanço e giro constitucional visado pelo artigo 4º, que respalda o sistema acusatório, é central e de indubitável importância, pois proíbe ao juiz, além das produzidas pelas partes, provas outras complementares, ele tem seu valor alterado (senão mitigado e comprometido) quando permite, apesar de ser sobre o âmbito da prova produzida, ao magistrado “esclarecer dúvida” sobre ela. Mesmo que com a expressão “observado o disposto no artigo 4º”, fique demonstrado que, em suma, o juiz apenas poderá esclarecer dúvida se em favor da defesa, ele acaba, por vias reflexas, fragilizando a opção acusatória, porque não leva devidamente a sério a presunção de inocência orientadora nestes casos.<sup>2134</sup>*

Seguindo a mesma trilha, mas referindo-se ao modelo hoje vigente na legislação brasileira, notadamente após a reforma operada em 2008 no art. 212 do Código de Processo Penal brasileiro, o qual premiou a participação das partes na inquirição da testemunha, mas, em seu parágrafo único, permitiu a formulação de perguntas complementares pelo juiz, Adel El Tasse, Eduardo Zanoncini Miléo e Patrícia Regina Piasecki promoveram a seguinte crítica:

<sup>2133</sup> BORGES, Clara Maria Roman. As Ameaças Inquisitoriais ao Novo CPP. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho (Organizadores) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. Volume 2**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, pp. 37-48, p. 39.

<sup>2134</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. Ob. cit., pp. 463-464.

*O parágrafo único foi acrescentado por força de emenda ao projeto original da nova lei e a tornou pior, pois restabeleceu um conteúdo inquisitivo ao juiz que justamente foi combatido ao longo de toda nova legislação, na medida em que o juiz, por força do dispositivo em comento, deixa de ser receptor da prova, como apregoa o modelo inquisitivo, para ser o seu produtor, interessado nela, como é da índole do sistema inquisitorial.*

*A regra é manifestamente inconstitucional, tendo em vista o princípio da imparcialidade do juiz.*

*Não pode o magistrado produzir provas no processo, mas tão-somente analisar as provas trazidas a ele nos autos.*

*Logo, complementando ou distorcendo ou ainda omitindo no termo de audiência qualquer informação da testemunha, estará o magistrado alterando ou produzindo prova nos autos, em violação direta da Constituição Federal.*

*Novamente se denota o retrocesso da legislação, com a figura do juiz inquisidor, não mais mediando em audiência, para que ela transcorra em harmonia, a fim de se dirimirem os conflitos, mas, sim, atuando como parte no processo. Desta forma, deixa o juiz de ser imparcial em seu julgamento, passando a representar uma das partes, em direto confronto com as demais.*

*Resta, assim, inaplicável tal disposição ante sua manifesta inconstitucionalidade.*<sup>2135</sup>

Em linha crítica similar também foi a observação de Marcos Eberhardt ao considerar que essa permissão de complementação da prova pelo juiz ainda estaria alinhada à ideia de “busca da verdade real”:

*Essa posição de espectador trazida pela reforma neste ponto, como se vê, possibilita o estilo acusatório, de um processo penal democrático. (...) Apesar do aparente acerto do legislador, o parágrafo único do art. 212 do Código de Processo Penal, apesar de confirmar o entendimento acima indicado, manteve em alguma medida a crença na busca da verdade real, liberando o magistrado a complementar a inquirição.*<sup>2136</sup>

<sup>2135</sup> TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. **O Novo Sistema de Provas no Processo Penal. Comentários à Lei 11.690/08**. Ob. cit., p. 65.

<sup>2136</sup> EBERHARDT, Marcos. Reformas Processuais Penais no Âmbito da Produção Probatória. In: **Reformas do Processo Penal**. NUCCI, Guilherme de Souza (Organizador). 2ª ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, pp. 99-134, p. 123.

Flaviane de Magalhães Barros igualmente considera que permitir ao juiz complementar a inquirição da testemunha é uma “característica marcante do sistema inquisitorial”, *verbis*:

*A mudança faz parecer que o nosso processo se aproxima um pouquinho mais do sistema acusatório, em que a gestão da prova não está a cargo do juiz, mas sim das partes. Contudo, tal impressão pode ser descartada em razão da redação do próprio parágrafo único, que reforça os poderes instrutórios do juiz, previsto, genericamente, no art. 156 do CPP, pois sobrecarrega o juiz com a gestão da prova no processo (COUTINHO, 2001), uma característica marcante do sistema inquisitorial. (...) O importante é garantir à parte a possibilidade de diretamente questionar os pontos relevantes para a tese pretendida. Além, é claro, de o juiz se eximir de complementar a prova para não atenuar o ônus da prova da acusação, principalmente, e garantir o respeito ao princípio do ‘in dubio pro reo’.*<sup>2137</sup>

O interessante é que, como se vê do trecho acima destacado, Flaviane Barros se refere à doutrina de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho para sustentar que a possibilidade de o juiz complementar a inquirição da testemunha manteve um resquício de inquisitorialismo no modelo do novel art. 212 do Código de Processo Penal brasileiro. Sucede que Jacinto Coutinho caminha em sentido oposto e admite como compatível com o sistema acusatório essa possibilidade de formulação de perguntas complementares pelo juiz, *verbis*:

*...tudo o que se fala a respeito desse tema deve ser visto, em primeiro lugar, pelas lentes da CR, sob pena de qualquer crítica se tornar vazia e desacreditar o seu autor. Por evidente que se precisa de críticas mas, para que elas sejam produtivas, deve-se levar em conta a Constituição, anteparo primeiro da Comissão: é nela que está um modelo de processo penal que só pode ser estruturado no sistema acusatório. Afinal, o processo do sistema inquisitório é incompatível com o devido processo legal, só para começar.*

*Ora, para o processo penal ser devido as partes devem ocupar o lugar que a CR destinou para elas e, assim, não faz qualquer sentido o juiz ter a iniciativa da prova (como se fosse ônus processual seu), mormente em favor da acusação e contra o réu ou mesmo vice-versa.*

---

<sup>2137</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e 11.719/08**. Ob. cit., pp. 50-51.

*Isso não significa que ele vá ser uma “samambaia”, conforme ingenuamente alguém sugeriu. Basta ver que se as partes propõem meios de provas para esclarecer o juiz, é evidente que tal esclarecimento deve ser feito por ele se elas não conseguem se desincumbir de sua função. Assim, se alguém arrola uma testemunha – como já deveria ser hoje – ele, o juiz, espera que as partes façam as suas perguntas a fim do esclarecimento pretendido. Se isso não vier, por que ele não poderia perguntar também, depois? Eis porque não se deve confundir as coisas.* <sup>2138</sup>

No mesmo sentido de Jacinto Coutinho é a lição de Aury Lopes Jr.:

*Sem embargo, tal cenário está muito longe de colocar o juiz como uma “samambaia” na sala de audiência, como chegaram a afirmar maldosamente alguns, no pós-reforma, demonstrando a virulência típica daqueles adeptos da cultura inquisitória e resistentes à mudança alinhada ao sistema constitucional acusatório. Nada disso.*

*O juiz preside o ato, controlando a atuação das partes para que a prova seja produzida nos limites legais e do caso penal. Ademais, poderá fazer perguntas sim, para complementar os pontos não esclarecidos. Jamais se disse que o juiz não poderia perguntar para as testemunhas na audiência!* <sup>2139</sup>

Como se vê, há uma evidente disparidade de opiniões quanto a considerar “acusatório” ou “inquisitório” a possibilidade de o juiz formular perguntas em caráter complementar às partes na inquirição da testemunha.

Portanto, se não há um mínimo de uniformidade de compreensão quanto ao alcance do sistema acusatório, adotar essa premissa interpretativa como norte para o futuro Código de Processo Penal sem deixar muito o claro o que se entenda por ela, poderá provocar mais dificuldades hermenêuticas do que propriamente ajustá-lo às garantias constitucionais.

Mas o mote central da tese envolve a questão da participação complementar do juiz na produção probatória como vacina imunizante ao decisionismo. Neste aspecto, já se disse aqui que o ideal é que o ponto de partida seja a atual redação do art. 212 do Código de Processo Penal vigente, dada pela Lei Federal nº 11.690, de 2008, *verbis*:

---

<sup>2138</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório e Outras Questões Sobre a Reforma Global do CPP. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho (Organizadores) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. Volume 2**. Ob. cit., pp. 20-21.

<sup>2139</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Ob. cit., p. 657.

*Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.*

*Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.*<sup>2140</sup>

A fórmula hoje consignada no artigo 212 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, no sentido de que as partes são as principais protagonistas da produção probatória e, “sobre os pontos não esclarecidos o juiz poderá complementar a inquirição” parece adequada, como base, ao quanto se pretende, conforme já explorado ao longo do texto.

Não é demais destacar que se apresenta aqui um novo fundamento para o art. 212 e seu parágrafo único. Com efeito, hoje essa regra do artigo 212 está sustentada doutrinariamente na falaciosa ideia de que o processo seria orientado pela “busca da verdade real”. Esse fundamento – como já visto na Primeira Parte do trabalho – não serve. O que sustenta a manutenção dessa regra no novo processo penal brasileiro, portanto, é o quanto aqui se procurou considerar: diminuir/eliminar a discricionariedade e o decisionismo judicial vinculado à necessidade de dar maior efetividade às garantias do contraditório e da ampla defesa com a chance de provocar um “quadro mental metanoico” no magistrado.

O que se tem nessa regra, portanto, é, de um lado, a contemplação do princípio da gestão da prova pelas partes (o que se ajusta ao sistema acusatório conduzido pela baliza de proibição de excesso) e de outro, a garantia do acesso ao que vai à cabeça do juiz antes dele sentenciar (o que se ajusta ao sistema acusatório orientado pela proibição de proteção insuficiente). O modelo, então, está dentro das balizas de orientação do sistema acusatório de processo penal.

Com efeito, não parece que a questão se resolva, por exemplo, com um despacho saneador (ou qualquer decisão interlocutória a exemplo do que ocorre com a pronúncia no rito do júri) no qual o juiz documente os pontos que lhe não restaram compreendidos para que as partes novamente se debrucem na busca de trazer novos

---

<sup>2140</sup> **BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal.** Ob. cit., p. 412.



elementos probatórios. Ao fazer isso, ao documentar num despacho o que lhe não restou claro, o juiz está publicizando sua decisão, e assim, está também cortando o elo comunicativo, pois dificilmente voltaria atrás de uma “certeza” documentada. O ideal da vacina imunizante, portanto, deve ser buscado na dialogicidade da audiência, antes de qualquer registro formal do que o juiz já decidiu.

Portanto, é melhor deixar o juiz falar na audiência, em participação complementar às intervenções das partes, para que estas possam tentar identificar os aspectos que ele considerou como relevantes e, assim, elas consigam promover novas intervenções capazes de afastar os “quadros mentais parafásicos” e “paranoicos” e também sejam capazes de lhe chamar a atenção e provocar os referidos “quadros mentais metanoicos” ou, na linguagem de Freud, os “quadros mentais sublimadores”.

Não é demais considerar que se não tem a ingenuidade de acreditar que sempre haverá a possibilidade de provocar um “quadro mental metanoico”. É claro que, por vezes, o juiz poderá permanecer com seu juízo prévio mesmo formulando reperguntas e mesmo com as partes realizando novas intervenções.

Há, também, a possibilidade de o juiz já ter posição firme mentalmente formatada e, assim, a tentativa de lhe promover uma metanoia, possa também provocar efeito inverso, isto é, fazer com que ele reforce sua posição primitiva.

Em relação a estes dois aspectos, vale considerar, num primeiro ponto, que se o juiz já tem posição firme sobre o quanto disse a testemunha, dificilmente ele intervirá com novas perguntas. Mas, admitindo que o faça, se ele pergunta com o intuito de reforçar seu quadro mental prévio, o máximo que ele obtém, se não lhe forem convincentes as intervenções das partes, é se manter no estado mental prévio. Em outras palavras: se ele for inerte e já tiver posição prévia, é provável que vá com ela até o final; se na postura ativa ele igualmente já tiver posição prévia, ou ele mantém a mesma compreensão ou as partes podem conseguir lhe ilustrar os equívocos e fazê-lo mudar sua compreensão da fala da testemunha.

Ou seja: a possibilidade concreta de se promover novas compreensões no magistrado, que contribuam para afastar seus pré-conceitos negativos – a partir do que a metanoia passa a ser efetiva – é o quanto basta para justificar a necessidade dele intervir na produção probatória.

Neste ponto, nem mesmo as preocupações de parte da doutrina moderna relacionadas à atividade probatória subsidiária do juiz, no sentido de temer que ele vá buscar complementar o quadro probatório já produzido, agindo no intuito de buscar, pelo esclarecimento, o que lhe faltava para alcançar a condenação, ou seja, as preocupações que visam enquadrar o processo na baliza da proibição de excesso, se bem analisadas, não se justificam. Em verdade, a defesa do acusado – diversamente do que a doutrina costuma pregar no âmbito psicanalítico – não tem nada a perder no aspecto de captura psíquica do juiz diante da possibilidade deste complementar a produção probatória, pois, ou ele já está absolutamente convencido de que o acusado merece ser condenado ou absolvido e, então, qualquer reforço probatório dificilmente o retiraria desse quadro mental, ou está em relativa dúvida (isto é, uma dúvida ainda não equivalente à certeza de que está em dúvida) e, justamente nesse ponto, há uma probabilidade de lhe provocar a mudança de compreensão do caso penal que transforme a dúvida numa “certeza” da dúvida. Se isso não for possível, o juiz permanecerá no quadro mental anterior e, mesmo em dúvida, não raras vezes condenará, como já se deixou pontuado acima. Assim, com o juiz parcialmente ativo, surge uma chance de captura psíquica do magistrado que não pode ser defensivamente desconsiderada.

De resto, agora no âmbito da Hermenêutica Filosófica, leva-se em conta que o juiz, sozinho, possa não ter sequer identificado quais são seus pré-conceitos e, assim, sozinho, repita-se, não consiga se autoirritar e autopromover as suspensões dos prejuízos inautênticos, como prega Gadamer.

Neste ponto, é relevante considerar que não é possível postergar a verificação de toda a efetividade do contraditório e da ampla defesa para o momento posterior à sentença, controlando o juiz apenas pela fundamentação. Se a fundamentação é um dado importante no processo de constrangimento e controle da discricionariedade judicial, a demarcação de seu alcance – abstraindo a retórica – dependerá do que se produza de prova em audiência. Vale recordar o “dilema da ponte” referido por Lenio Streck e já trabalhado acima. Como explica o autor, não se pode “atravessar o abismo gnosiológico do conhecimento, chegar lá e depois voltar para construir a ponte pela

qual o intérprete já passou”<sup>2141</sup>. Assim, a audiência precede, inclusive em importância, a fundamentação que virá externada por ocasião da sentença, até porque é no presente da audiência que os limites da fundamentação se formam. Como refere a *applicatio* gadameriana é no presente da audiência, na qual o juiz procura compreender a fala da testemunha, que se reúnem os momentos do conhecimento, da compreensão, da interpretação, e da fundamentação, todos se verificando juntos, num único momento, formatados pelo mecanismo de questionamento e da intersubjetividade dialógica. Repita-se aqui, que o paradigma filosófico da linguagem, orientado pela intersubjetividade, não pode simplesmente desconsiderar o juiz como partícipe do processo hermenêutico e de compreensão da prova, justamente no presente da audiência. Se a Filosofia da Linguagem eliminou o sujeito assujeitador dos objetos da filosofia da consciência, não eliminou o sujeito na relação do processo de conhecimento. O sujeito ainda está vivo na Filosofia da Linguagem e, assim, não é possível alijar o juiz desse processo intersubjetivo de compreensão da prova porque se ele não está “morto”, ele acaba produzindo sentidos<sup>2142</sup>. E o juiz inerte, é bom não esquecer, também produz sentidos, só que o faz de forma não compartilhada, não intersubjetiva. O que se deve fazer, portanto, não é desconsiderá-lo nesse processo de reconhecimento do fato através da produção probatória, mas sim, ao contrário, trazê-lo para dentro da discussão e, assim, controlá-lo.

Nesta perspectiva, então, as partes devem poder formular novas perguntas após a intervenção do juiz, como consta do parágrafo único da atual redação do art. 212 do Código de Processo Penal. E o juiz, por sua vez, poderá promover novas intervenções que autorizem as partes a novamente intervir. Enfim, na dialogicidade intersubjetiva, de perguntas e respostas que, à luz da Hermenêutica Filosófica, são condição de possibilidade da compreensão, as partes iniciam e terminam, circularmente, a inquirição das testemunhas, intercaladas com possíveis questionamentos complementares do juiz.

---

<sup>2141</sup> STRECK, Lenio Luiz. Vivemos entre Anorexia e Bulimia Informativas: assistam ao vídeo! In: **Consultor Jurídico – Conjur**. Ob. cit..

<sup>2142</sup> Repita-se, aqui, a precisa observação de Lenio Streck: *a morte do sujeito solipsista da modernidade não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto*. STRECK, Lenio Luiz. Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo. In: **Observatório de Jurisdição Constitucional**. Ob. cit., p. 40.

Há, no entanto, a possibilidade de o juiz não formular nenhuma intervenção e se dar por satisfeito com as perguntas das partes. Nesse caso, sempre visando ampliar a potencialidade do contraditório e da ampla defesa neste presente da audiência, sugere-se que o juiz, ao final da inquirição da testemunha, deva fazer um resumo do quanto compreendeu da fala da testemunha, após o que as partes ainda poderão realizar novas intervenções. Enfim, se o juiz não perguntar espontaneamente permitindo às partes acessar o que lhe vai à cabeça, deverá fazê-lo, ao final, por força de lei. A ideia é fazer com que o magistrado fale algo a respeito do que compreendeu da prova testemunhal, permitindo às partes acessar o que lhe vai à mente. Essa alternativa final não é a mais ideal, pois é preferível a espontaneidade das inquietações surgirem ao longo do diálogo questionador travado com a testemunha, mas é melhor do que o silêncio que obriga as partes aguardarem a sentença para descobrir a forma do magistrado compreender a fala da testemunha. E isso implicaria perder uma chance importante no presente da audiência, como já se disse.

No Projeto de Lei nº 156/2009, de novo Código de Processo Penal brasileiro, encontra-se já um avanço em comparação ao atual artigo 212, na mesma direção do quanto aqui se propõe:

*Art. 175. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.*

*§ 1º Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.*

*§ 2º Se das respostas dadas ao juiz resultarem novos fatos ou circunstâncias, às partes será facultado fazer reperguntas, limitadas àquelas matérias.*<sup>2143</sup>

Como se vê da redação acima, a proposta apresentada ao Senado Federal pela Comissão de Juristas já havia pensado na possibilidade das partes formularem novas perguntas depois da intervenção complementar do juiz. Mas é possível avançar ainda mais, considerando o fundamento proposto na tese, na pretensão de ampliar a efetividade do contraditório e da ampla defesa, de diminuir a discricionariedade judicial e de, quiçá, provocar o referido “quadro mental metanoico”. O texto, então, que se

<sup>2143</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Ob. cit.

sugere como complemento do atual redação do art. 212 do Código de Processo Penal é o seguinte:

*Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.*

*§ 1º. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição, dando ensejo à possibilidade de novas perguntas pelas partes. Se novas perguntas forem formuladas pelas partes, o juiz poderá novamente complementar a inquirição, dando ensejo a nova possibilidade de questionamentos das partes, e assim sucessivamente, até que não restem mais dúvidas e questões a serem sanadas no depoimento.*

*§ 2º. Caso o juiz não faça nenhuma pergunta complementar, deverá externar e documentar, resumidamente, os pontos principais de sua compreensão da fala da testemunha, após o que as partes poderão realizar novas intervenções esclarecedoras. Sobre estes pontos, o juiz poderá novamente registrar suas impressões, com novas possibilidades de intervenção das partes, e assim sucessivamente, até que não restem mais dúvidas e questões a serem sanadas no depoimento.*

Para além da amplitude dos princípios do contraditório e da ampla defesa no presente da audiência de instrução probatória, há outro dispositivo que merece ser repensado. Trata-se da regra alusiva ao livre convencimento e à livre apreciação da prova. Como se destacou ao longo da tese, estes dispositivos devem seguir o mesmo destino que tiveram no novo Código de Processo Civil brasileiro, qual seja: a retirada pura e simples do texto legislativo.

Repete-se, então, a sugestão formulada acima, ou seja, a retirada da palavra “livremente” na proposta ao novel artigo 168, que passaria a ser redigido nos seguintes termos:

*Art. 168. O juiz formará o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.*

Enfim, são estes os temas que, a partir da tese proposta, merecem ser considerados na reforma processual penal em curso no Brasil, premiando-se o controle

judicial e dando ao papel do juiz no âmbito probatório nova dimensão à luz da ampliação das garantias do contraditório e da ampla defesa.

## Conclusões.

Aquilo que se transforma chama muito mais a atenção do que aquilo que continua como sempre foi. Essa é uma lei geral da nossa vida espiritual.

(HANS-GEORG GADAMER)<sup>2144</sup>

Sem ter a pretensão de esgotar a complexidade que envolve o mecanismo de valoração da prova por parte do juiz e seu consequente modo de decidir o caso penal, mas tendo como norte a necessidade de controlá-lo, redirecionando o processo para o paradigma filosófico da linguagem e da intersubjetividade, maximizando as garantias do contraditório e da ampla defesa, passa-se a elencar as conclusões decorrentes do quanto se desenvolveu ao longo da tese, indicando as soluções inéditas que se procurou encontrar.

**Primeira conclusão:** O discurso da doutrina tradicional no sentido de que o juiz produzir provas de ofício se legitimaria pelo “princípio” da “busca da verdade real” não pode prevalecer, apresentando dois graves problemas de aceitação: o primeiro se resume ao quanto esse discurso já representou historicamente em termos de abusos por parte do ser humano contra seu semelhante no contexto do processo penal (v.g. inquisições da Igreja Católica e uso irrefreado da tortura); e o segundo se resume na compreensão filosófica do que se possa entender a respeito da verdade, notadamente após os giros linguísticos do século XX, somados à ausência de neutralidade do juiz ser-no-mundo e ao inconsciente, seja aquele chamado de “novo inconsciente” neurocientífico, seja aquele freudiano com sua releitura à luz da linguagem pela Psicanálise com Lacan. Ademais, após a compreensão da filosofia da linguagem de Heidegger e Gadamer, sabe-se que a verdade real é inalcançável no contexto de reconhecimento do fato pretérito por parte do juiz, pois o alcance do todo do fato é demais ao ser-no-mundo constituído a partir de suas pré-compreensões e orientado por sua faticidade e finitude, seja ele testemunha, seja ele juiz. Assim, a discussão da verdade

---

<sup>2144</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Ob. cit., p. 32.

como norte hermenêutico do papel do juiz na produção probatória deve ser substituída pela compreensão da complexidade da pretensão de “captura psíquica do juiz” no âmbito da decidibilidade.

**Segunda conclusão.** O fundamento de parte da doutrina moderna no sentido de que o juiz deve ser absolutamente inerte para se ajustar ao “sistema acusatório” e que qualquer atividade probatória do juiz, inclusive em caráter complementar das provas já introduzidas no processo pelas partes, seria “inquisitória”, também possui equívocos históricos de compreensão do discurso dicotômico dos sistemas processuais e não merece continuar a servir de norte para a compreensão do papel do juiz na produção probatória. Com efeito, a visão da dicotomia dos sistemas processuais em acusatório *versus* inquisitório com pretensões de “pureza” decorre do quanto a doutrina de processo penal do século XIX, influenciada pelo positivismo naturalista, tinha de ambições científicas a respeito do processo penal. Assim, o que a doutrina oitocentista operou naquele tempo – particularmente a partir da pretensão de Giovanni Carmignani de dar ares de cientificidade ao processo penal – foi uma forçada seleção de características de diversos modelos processuais que, longe de representar uma uniformidade sistêmica, foram amplamente oscilantes ao longo da história. Mesmo assim, a partir desta seleção essa doutrina estabeleceu uma visão dicotômica dos sistemas processuais com aspirações de pureza científica, catalogando-os em modelos absolutamente antagônicos chamados de acusatório e inquisitório. Esta análise “pura” da dicotomia se tornou, com o tempo, um divisor de análise do processo penal que por vezes fomenta uma irrefletida disputa à luz de pretensos axiomas lidos até mesmo de forma maniqueísta em algumas ocasiões. Ou seja: a dicotomia acabou criando em alguns intérpretes uma espécie de “significado emotivo”, como refere Ennio Amodio<sup>2145</sup>, isto é, alguns atores processuais passaram a interpretar a lei ao sabor de seus interesses processuais ou mesmo interesses “de classe”, como quem reduz a complexidade do processo ao seguinte raciocínio invertido na interpretação das regras: se não me serve tal regra ela é “inquisitória”, negativa e não deve ser empregada; se

---

<sup>2145</sup> AMODIO, Ennio. *Processo Penale, Diritto Europeo e Common Law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Ob. cit., p. 195.



me serve é “acusatória”, é positiva e deve ser empregada). Nesta medida, considerar a dicotomia com pretensão de pureza caracteriza uma pré-compreensão inautêntica no intérprete a qual não lhe permite enxergar como se deve compreender essa dicotomia.

**Terceira conclusão.** Não obstante tenha havido essa divisão voltada à “pureza” científica, hoje em dia há ampla divergência de compreensão doutrinária a respeito de qual seja o princípio unificador dos sistemas processuais lido à luz da dicotomia acusatório *versus* inquisitório. A situação, então, é um tanto paradoxal. De um lado a construção dos sistemas em suas formas aparentemente “puras” conduz à possibilidade de manipulação do discurso ao sabor do intérprete para considerar uma ou outra regra como inerente a este ou aquele sistema conforme modelos ideias (estes, no entanto, jamais existiram na prática). De outro lado, levando em conta que a ampla maioria da doutrina trabalha com a divisão dos sistemas em acusatório e inquisitório, surgiram muitos e diferentes critérios definidores de um e de outro sistema e, também por isso, acaba sendo fácil manipular os discursos para dizer que tal regra seria inquisitória quando não se deseja seu emprego ou acusatória quando se entenda necessária sua manutenção. Por exemplo: o Ministério Público poder investigar em procedimento próprio pode ser lido como inerente ao sistema inquisitório, pois além do do Ministério Público ter surgido no contexto histórico da elaboração do sistema inquisitório, permitir que ele conduza a investigação representaria a junção das funções de investigar e acusar na mesma pessoa e, assim, violaria sua imparcialidade, desequilibrando a paridade de armas entre as partes no processo; mas também pode ser lido como inerente ao sistema acusatório, pois sua presença como parte autora separa as funções de acusar e julgar que é o que de fato caracteriza o sistema acusatório, além de reforçar a ideia acusatória na gestão da prova pelas partes (até porque, se no sistema acusatório o ônus da prova é todo da acusação, nada mais “acusatório” do que permitir à parte, gestora dessa prova e com o dever de provar o crime, que vá em busca das provas que necessita para formar sua *opinio delicti* e poder decidir pela acusação, sustentando sua pretensão condenatória no curso do processo). Assim, conforme se queira, politicamente, admitir a investigação pelo Ministério Público ou se queira impedi-lo de assim agir, se sustenta que tal

possibilidade seria “acusatória” ou “inquisitória”. Ainda que se reconheça a disparidade de tratamento, há que se considerar que a dicotomia dos sistemas em “acusatório *versus* inquisitório” tem servido ao longo dos últimos vinte e sete anos para reforçar a necessidade de se dar efetividade aos direitos e garantias dos cidadãos previstos na Constituição da República de 1988. Assim, o anseio de orientar o novo Código de Processo Penal brasileiro a partir de um sistema acusatório é medida que pode ser mantida, sem olvidar, no entanto, que essa disparidade doutrinária revela a necessidade de bem delimitar no novo Código de Processo Penal o que se compreenda por “sistema acusatório”.

**Quarta conclusão.** Na estruturação do sistema acusatório do novo processo penal brasileiro a preocupação do legislador deve ser no sentido de livrá-lo do paradigma filosófico da consciência e/ou da metafísica clássica de busca de uma essência e estruturá-lo pelo paradigma filosófico da linguagem e da intersubjetividade, nos moldes do giro linguístico ôntico-ontológico proposto por Heidegger e Gadamer, igualmente defendido por Lenio Luiz Streck no Brasil. Isso, no entanto, não significa dizer que se possam desconsiderar os aspectos psicológicos e psicanalíticos que envolvem a forma do juiz decidir no processo penal, como destaca Jacinto Nelson de Miranda Coutinho no Brasil. O ideal, então, é estruturar o sistema acusatório levando em conta as contribuições que uma interseção da Hermenêutica Filosófica (e da Crítica Hermenêutica do Direito) com a Psicanálise e com a Psicologia Cognitiva, possa promover, particularmente na apresentação de melhores mecanismos de controle do juiz, diminuindo a possibilidade dele agir de forma decisionista e, nesta medida, arbitrária.

**Quinta conclusão.** Assim, das inúmeras sugestões doutrinárias para caracterização do sistema acusatório é preferível compreendê-lo pelo prisma do princípio dispositivo no que concerne à gestão da prova pelas partes. Ou seja, o juiz não deve tomar iniciativas de produção probatória arvorando-se a ser o seu gestor, justamente por conta da ausência de neutralidade judicial bem explicitada pela formação e influência do inconsciente como se vê em Freud e Lacan. No entanto, dizer que o juiz não deve

ter iniciativas de produção da prova, não significa dizer que ele não possa buscar esclarecimentos adicionais frente à prova introduzida no processo pelas partes.

**Sexta conclusão.** Ainda que seja importante enxergar o sistema acusatório como orientado pela questão da disponibilidade probatória e de sua gestão pelas partes, é preciso ter cuidado em compreender que apenas isso não basta para orientar toda a complexidade processual. Com efeito, a exemplo do que ocorre com a divisão dicotômica “pura” e com a ampla disparidade conceitual a respeito dos sistemas, como destacado na terceira conclusão supra, pensar o sistema acusatório apenas pela gestão da prova também abre brecha para que as inúmeras outras questões de processo penal sejam “manipuladas” com discursos antagônicos ao sabor do intérprete, que acaba se valendo da dicotomia sistêmica em “acusatório” ou “inquisitório” e de suas respectivas manipulações maniqueístas, como *argumentum ad populum* como refere Irving Copi<sup>2146</sup>, referindo-se ao sistema ao sabor do seu entendimento de modelo ideal de processo penal, por vezes pautado por suas vontades pessoais e/ou interesses profissionais. Assim, em não raras situações é possível dizer que determinado tema de processo penal – a exemplo do que ocorreu com a introdução do procedimento abreviado no processo penal argentino – é “acusatório” ou “inquisitório”, dependendo de quem o defenda ou de quem o refute. Isso gera insegurança e se transforma em mais uma brecha para o solipsismo interpretativo.

**Sétima conclusão.** É necessário, portanto, melhor delimitar a compreensão do sistema acusatório também à luz de suas funcionalidades, que decorrem não apenas da finalidade primeira do processo penal que seria instruir um juiz para que ele possa conhecer e julgar, mas também do fato de que o processo penal é instrumento político de efetivação do Estado Democrático de Direito. A jurisdição, então, porque é poder, deve ser orientada para evitar que a pessoa que exerce este poder dele não abuse e,

---

<sup>2146</sup> COPI, Irving M. **Introdução à Lógica**. Ob. cit., pp. 79 e ss., *verbis*: O ‘*argumentum ad populum*’ define-se, algumas vezes, como sendo as falácias que se cometem ao dirigir um apelo emocional “ao povo” ou “à galeria” para conquistar a sua anuência a uma conclusão que não é sustentada por boas provas.

assim, possa o processo penal servir de instrumento de política de um Estado Democrático e Social de Direito. Neste prisma, pode-se pensar noutro princípio unificador do sistema acusatório que antecede em importância o princípio dispositivo: o “princípio de proteção do cidadão”, razão de ser do Estado, não sendo demais repetir que aqui se refere ao Estado Democrático e Social de Direito. Como já destacou James Goldschmidt “os princípios de política criminal de uma nação não são outra coisa senão segmentos de sua política estatal em geral”, sendo o processo um “termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição”. Assim, como foi pontuado acima, a gestão da prova pelas partes tem um porquê nesse sistema acusatório que ultrapassa o propósito de levar conhecimento ao juiz para que este possa julgar. Ao princípio dispositivo orientado pela gestão da prova pelas partes é possível integrar as razões funcionais pelas quais as partes devem ser as gestoras da prova no Estado Democrático de Direito, sob o prisma principiológico de proteção do cidadão estando orientada a evitar excessos do Estado-juiz (e por isso ele deve ficar afastado da iniciativa de produção da prova) e ao mesmo tempo permitir que a proteção de bens pelo Estado-Ministério Público se efetive (e também por isso o ônus da prova é integral do Ministério Público e também por isso ele deve ser um dos gestores da prova, ao lado da defesa).

**Oitava conclusão.** Assim, a redação sugerida ao artigo 4º do Projeto de Lei nº 156/2009, que hoje tramita na Câmara dos Deputados e que visa instituir o novo Código de Processo Penal para o Brasil, deve ser redefinida para, mantendo-se a alusão ao sistema acusatório de processo penal, bem delimitá-lo. Já de início cumpre expurgar o atual complemento redacional do referido artigo que autorizaria o juiz a produzir provas apenas em favor da defesa. De resto, é preciso indicar as fontes e os limites funcionais do sistema. Sugere-se, então, a seguinte redação para esta regra:

*Art. 4. O processo penal terá estrutura acusatória, orientado pelo princípio dispositivo relacionado à gestão das provas pelas partes e integrado pelos princípios complementares de proibição de excesso e de proibição de proteção insuficiente que fundam o Estado Democrático de Direito, nos limites definidos na Constituição da República, nos Tratados e Convenções Internacionais dos quais o Brasil seja signatário, e neste Código.*

**Nona conclusão.** Na compreensão do sistema acusatório a gestão da prova integrada pela função de proibição de excesso visa melhor controlar o juiz, diminuindo a possibilidade deste agir de forma decisionista e arbitrária. Nessa mesma linha de proibição de excesso por parte do Estado-juiz, no que concerne à interpretação da lei, as inúmeras tentativas teóricas pós-positivismo exegético (Kelsen, Hart, Alexy, Habermas) não foram capazes de se livrar da discricionariedade. As mais efetivas propostas antirrelativistas e antidiscionárias são sintetizadas na Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Luiz Streck, embasada na fusão de horizontes entre Heidegger e Gadamer, com as propostas de Ronald Dworkin. Lenio prega a necessidade do juiz, na interpretação da lei, levar em conta que suas pré-compreensões de mundo são estruturantes, compartilhadas intersubjetivamente e que ele deve deixar de lado seus pré-conceitos (estes, lidos em seu sentido negativo), agindo com integridade e coerência com o quanto já se produziu de sentidos antes, sem descurar do que o resultado da interpretação possa gerar de consequências futuras. O juiz deve ter a responsabilidade política na interpretação, deixando seus valores pessoais e sua moral *a latere* da interpretação da lei.

**Décima conclusão.** Sem dúvida alguma a contribuição de Lenio Streck para impedir o juiz solipsista na interpretação da lei é relevantíssima e, se bem compreendida, funciona tanto para a interpretação do texto legislativo, quanto, em boa medida, para a interpretação da prova. Com efeito, é possível continuar trabalhando com a Hermenêutica Filosófica na discussão a respeito da possibilidade de o juiz intervir na produção da prova, pois, como a Hermenêutica Filosófica é fortemente voltada para buscar a compreensão através das perguntas, em movimento circular que vai do todo à parte e desta retorna ao todo, não é preciso muito esforço para entender que esse paradigma filosófico, orientado pela intersubjetividade, conduz à necessidade da intervenção positiva do magistrado na ouvida da testemunha, com o magistrado formulando perguntas, já que é através das perguntas que os horizontes de sentido se encontram e se fundem. Juiz absolutamente inerte por ocasião da ouvida de uma testemunha, portanto, no plano hermenêutico filosófico, somente premia o solipsismo, pois o afasta da intersubjetividade.

**Décima-primeira conclusão.** De outro lado, a Hermenêutica Filosófica orienta a se levar em conta, no curso da pretendida fusão de horizontes, que o juiz deve ser instado a identificar quais seriam seus pré-conceitos inautênticos, para suspendê-los no processo de compreensão da fala da testemunha. Sucede que, como pondera Lenio Streck, “isso somente ocorre quando a coisa interpela o intérprete, convoca-o a compreendê-la, em face do estranhamento que lhe provoca, o que não acontecerá nos casos em que sequer perguntamos acerca das razões pelas quais a resposta é aquela”. E prossegue dizendo que é essa “hipótese de horizontes distintos, que provocará o ‘choque hermenêutico’, que ocorre quando algo estranho ao seu horizonte se lhe apresenta, circunstância que faz com que o intérprete ponha em questão seus pré-juízos (obviamente, se ele tiver condições pré-compreensivas para tal)”. Assim, finaliza Lenio, “esse ‘choque hermenêutico’ faz o intérprete estranhar o que lhe era familiar e, ao mesmo tempo, interpela-o para que torne familiar o que lhe surge como estranho”. O problema é que pela dificuldade de o juiz reconhecer seus pré-conceitos inautênticos justamente porque ele pode não ter as “condições pré-compreensivas” para tanto, há uma parcial insuficiência na amarração que vise evitar uma possível discricionariedade judicial na valoração da prova produzida em audiência no processo penal que não é levada em conta pela Hermenêutica Filosófica. Essa parcial insuficiência é demonstrada com a colaboração da Psicologia Cognitiva e da Psicanálise (e, em certa medida, também pela Neurociência) e parece não ser percebida na Crítica Hermenêutica do Direito, já que não é levada em conta pela Hermenêutica Filosófica – até porque estas estão fora do campo da Filosofia pura. Mesmo assim, se bem compreendidas, a Psicologia Cognitiva e a Psicanálise auxiliam na compreensão da complexidade do processo decisório do juiz, sem abandonar o quanto a Hermenêutica Filosófica e a Crítica Hermenêutica do Direito trazem de contribuição neste campo. Assim, não é possível que se desconsidere por completo tudo aquilo que é constitutivo do juiz ser-no-mundo, notadamente aquilo que é formador do tanto de sua fisiologia, quanto do inconsciente (seja do “novo inconsciente” neurocientífico, seja, principalmente, do inconsciente lacaniano, que é estruturado como linguagem) e, portanto, incontrolável. Há, igualmente, uma

possibilidade de inter-relacionar estes “veios enriquecedores da Filosofia e da Psicanálise”, como refere Ernildo Stein, e assim promover a interseção destes dois grupos de compreensões. Não se trata de “filosofar psicanaliticamente ou psicanalisar filosoficamente”, mas levar em conta tanto a Filosofia quanto a Psicanálise, na dimensão dos processos de compreensão e de decisão do juiz. Até porque, seguindo a observação de Stein, ainda que a Filosofia de Heidegger e Gadamer represente uma “superação das teorias da consciência”, isso “não significa que o sujeito desapareça”.

**Décima-segunda conclusão.** No âmbito da contribuição da Hermenêutica Filosófica, levando em conta no processo penal o quanto Gadamer pondera a respeito da “tradição”, pode-se dizer que há diversos princípios que boa parte da doutrina considera serem produtos de uma “herança histórica” e, portanto, consagrados a ponto de serem considerados “válidos sem precisar de fundamentação” (para emprestar a expressão de Gadamer), devendo orientar a interpretação da prova pelo juiz. Servem de exemplo: a proibição de valoração de provas obtidas por meios ilícitos; a construção da teoria das provas ilícitas por derivação; o contraditório; a ampla defesa; a proibição de valoração do silêncio do réu; o direito de não ser obrigado a produzir provas contra si; a presunção de inocência; o ônus da prova integral da acusação; o livre convencimento motivado; a livre apreciação da prova; o *in dubio pro reo* como solução para as dúvidas do juiz; dentre outros.

Sucedem que nem todos eles podem ser considerados como “tradições autênticas” no nível hermenêutico, pois camuflam outras questões psicanalíticas e ao desconsiderá-las acabam dando a entender que as pré-compreensões de seus significados seriam suficientes para evitar o decisionismo judicial.

**Décima-terceira conclusão.** Assim, alguns *standards* probatórios ao revés de atuarem como mecanismos hermenêuticos de pré-compreensão com sentidos compartilhados universalmente, acabam velada ou indiretamente autorizando decisionismos e solipsismos e, portanto, podem ser considerados inautênticos. Neste sentido, percebe-se que há uma má-compreensão de boa parcela dos juízes e tribunais a respeito do princípio do “livre convencimento do juiz” e da “livre apreciação da prova” (ainda que

motivados), pois muitos acreditam que não são obrigados a enfrentar todos os argumentos das partes e não precisam explicar seu convencimento a respeito de todas as provas, podendo, inclusive, valer-se de elementos de convicção não submetidos ao contraditório.

**Décima-quarta conclusão.** Outra “tradição inautêntica” está relacionada à crença de que “juiz inerte é garantista”. O resultado da experiência realizada por Bernd Schünemann com juízes e promotores alemães demonstra que esta afirmação não é necessariamente verdadeira, pois se vê do resultado empírico que os juízes que tinham a possibilidade de inquirir testemunhas em audiência condenaram menos que aqueles que não podiam formular perguntas às testemunhas. Estes resultados da pesquisa empírica de Schünemann, portanto, ainda que tenham sido aplicados a magistrados inseridos numa cultura alemã, também permitem desmitificar a ideia de que o juiz inerte julgaria de forma mais “garantista” (não que “garantismo” signifique apenas se conduzir para a absolvição, mas há autores que pensam assim). Afastam, igualmente, o mito de que “quem procura, procura algo” age necessariamente no intuito de buscar elementos que lhe permita condenar, como vem sendo sustentado por alguns doutrinadores. A “procura”, como se viu da experiência de Schünemann, serve muito mais para absolver do que para condenar. Mesmo que eventual resultado com juízes brasileiros possa não apresentar idêntico índice de absolvição, a pesquisa serve para refutar a vinculação reducionista de acreditar que se o juiz pergunta algo o faz necessariamente para buscar elementos que lhe permitam condenar.

**Décima-quinta conclusão.** Por fim, ainda se tem a tradição inautêntica de acreditar que o juiz em dúvida sempre absolverá em observância ao *in dubio pro reo*. Com efeito, a “solução” para as dúvidas do juiz inerte dada por parte da doutrina “moderna” no sentido de que, em dúvida o juiz deve absolver pela máxima do *in dubio pro reo* que decorre da presunção de inocência, revela-se, em certa medida, não suficiente, pois aposta todas as fichas num princípio de origem mítico-cristã e desconsidera a psique humana no processo decisório. Ainda que se deseje dogmaticamente esse resultado por parte do juiz quando da dúvida, não há como desconsiderar os alertas de



Heidegger no sentido de que o juiz, como qualquer ser humano, é ser-no-mundo, com suas pré-compreensões compartilhadas, mas também constituído por pré-conceitos (no sentido negativo), circunscrito à sua faticidade e inserido numa finitude própria que lhe constitui. E esse quadro não permite apostar na invariável presença de um juízo absoluto no sentido de que, em dúvida, o magistrado sempre absolverá o acusado. Para absolver em dúvida, o juiz precisa ter certeza dessa dúvida. Ademais, não se pode descurar que o juiz é ser-no-mundo de hoje, isto é, o juiz está inserido numa sociedade globalizada, com valores fluídos, pautada fortemente pelo consumismo e pelo “medo ambiente violento”, para usar a expressão de Zygmunt Bauman. A inércia nesse contexto só contribui para que determinados juízes em dúvida condenem mesmo assim. É claro que eles não externam na sentença que estão em dúvida, mas condenam de qualquer jeito, valendo-se da retórica para camuflar suas dúvidas e transformá-las discursivamente em certezas, imunizando a decisão de possíveis críticas.

**Décima-sexta conclusão.** Diante de tudo quanto acima referido, na compreensão do sistema acusatório também se deve levar em conta que se nenhum juiz é neutro (porque nenhum ser humano é neutro) permitir que ele seja o senhor absoluto da produção probatória pode premiar uma busca de provas orientada por possíveis “quadros mentais paranoicos” que possam ter se formatado na mente do julgador, como refere Franco Cordero. Neste caso, as hipóteses mentais do juiz podem prevalecer. Assim, a inércia judicial passou a ser defendida por parcela da doutrina moderna como freio para que o juiz saia, até mesmo inconscientemente, em busca da prova que possa justificar um “prévio acerto mental”, pois, se ele alcança elementos que lhe permitem confirmar esse “prévio acerto mental”, ele goza, no sentido psicanalítico. Concorde-se, em parte, com essa colocação de parcela da doutrina moderna, até porque no sistema acusatório é também isto que justifica as partes serem as gestoras da prova e este modelo de processo penal está orientado pela baliza funcional de proibição de excesso por parte do Estado-juiz. Porém, todas essas certezas não significam que o juiz não deva – de forma subsidiária em relação às

partes – também atuar no plano complementar, esclarecendo a prova introduzida pelas partes no processo.

**Décima-sétima conclusão.** Para compreender essa questão é preciso trabalhar também com a Psicologia Cognitiva de Daniel Kahnemann que identifica o duplo sistema de velocidade da forma de pensar e tomar decisões do ser humano: o Sistema 1 que “opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário”; e o Sistema 2 que é mais lento e “aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos”. Para fazer prevalecer no processo decisório final o Sistema 2, mais elaborado e refletido e evitar que ele seja conduzido também pelas pré-impressões equivocadas, é necessário criar uma tensão cognitiva capaz de modificar as ilusões de veracidade confortavelmente aceitas pelo Sistema 2. E isso se faz com novos estímulos externos que provoquem no Sistema 1 uma tal influência que esse realmente o Sistema 2. Por vezes as intervenções do Ministério Público e da Defesa acabam provocando parcialmente essa tensão cognitiva quando dialogicamente atuam na produção da prova. Mas não raras vezes suas intervenções são insuficientes para provocar a tensão necessária a gerar uma mudança de abordagem do Sistema 1 para o Sistema 2, pois não apresentam nada de novo que pudesse exigir esforço cognitivo do juiz e, então, a decisão embasada apenas no Sistema 1 prevalece. Nesse caso, “quando a informação é escassa, o que é uma ocorrência comum, o Sistema 1 opera como uma máquina tirando conclusões precipitadas”. Num modelo processual de absoluta inércia, se o juiz sabe que não pode aprofundar nada do que lhe vai à mente, tende a ficar com apenas o Sistema 1 ativo, ou seja, tende a dar preferência às impressões iniciais. Se estas costumam ser falsas impressões e o juiz é inerte, não há como as partes possam resgatar o elo comunicativo com o Sistema 2 do juiz, devendo-se conformar com o que vier externado por ocasião da sentença. E, se o juiz não considera uma resposta da testemunha – a uma pergunta formulada por uma das partes no processo – como satisfatória, não podendo esclarecê-la, tenderá a fazer com que o Sistema 1 encontre outra resposta relacionada que seja mais fácil e que vai responder àquela necessidade de satisfação. Kahneman chama essa forma de operar da mente humana

de “operação de responder a uma pergunta em lugar de outra de *substituição*”. O juiz passa por um processo de *heurística*, isto é, adota um “procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis”. De outra sorte, se o juiz sabe que ao passar por um processo de tensão por conta da falta de explicação adequada do fato ou da prova produzida em audiência poderá buscar esclarecimentos, o Sistema 2 permanece ativo e o processo de substituição do Sistema 1 tende a não ocorrer. Assim, quando algo é obscuro, não facilmente compreendido pelo juiz, o Sistema 2 se ativa e rejeita a resposta intuitiva do Sistema 1. Uma mudança poderá ocorrer, agora a partir do Sistema 2, fazendo ver ao Sistema 1 do juiz, como ele estava equivocado inicialmente.

**Décima-oitava conclusão.** Para que se consiga provocar no juiz uma mudança na forma dele enxergar a prova e o caso penal, que não favoreça o que a Psicologia Cognitiva de Daniel Kahneman refere como “Sistema 1” no processo decisório (que é intuitivo, automático, irrefletido) e que lhe permita ativar o chamado “Sistema 2” do processo decisório (que é reflexivo, ponderado, cauteloso), fazendo-o, portanto, refletir e até mesmo afastar seus pré-conceitos inautênticos, é preciso criar mecanismo de acesso às partes do que vai à mente do juiz antes dele decidir e externar sua decisão, pois, quando a decisão vem à tona, dificilmente ele volta atrás.

**Décima-nona conclusão.** Quando o juiz “decide” ele corta os laços comunicativos com as partes. Até mesmo no plano semântico a palavra “decisão” é formada com o prefixo “de” (fora) e “cisão” (corte), significando dizer que quando o juiz “decide”, ele “corta fora” a comunicação que estava mantendo com as partes e com as provas. Ou seja: quando o juiz “de-cide” ele deixa de dar ouvido aos argumentos das partes e à fala da testemunha. Assim, assegurar às partes o contraditório e a ampla defesa não impede que o juiz, mesmo inerte, continue mantendo seus “pré-conceitos” e “pré-juízos”, já “decindidos” de sua mente em relação às partes. Estes, porém, no modelo de juiz inerte, somente serão externados por ocasião da “sentença”. A inércia, enfim, afasta o juiz do processo intersubjetivo de compreensão da prova produzida no caso penal.

**Vigésima conclusão.** O processo decisório mental se dá sempre num presente, pois o futuro não existe fora de uma projeção do presente. Esse presente é fortemente relacionado ao presente da audiência de instrução, pois muitas vezes é nele que o juiz forma sua compreensão do caso que deverá sentenciar. Para ampliar a potencialidade do contraditório e da ampla defesa, portanto, é nesse presente da audiência que as partes devem poder acessar o que vai à cabeça do juiz e isso somente se permite acontecer quando o juiz participa ativamente da instrução probatória. É nesse momento que as partes tem a oportunidade de antever o que vai à cabeça do juiz em relação à prova, ou seja, antever quais foram suas seleções de preocupações probatórias, quais são suas inquietações de compreensão e podem, assim, até mesmo perceber, no furo da linguagem do juiz, o caminho para novas intervenções probatórias que possam provocar o efeito metanoico, de mudança da forma do magistrado enxergar a prova do caso.

**Vigésima-primeira conclusão.** A atividade probatória subsidiária do magistrado atua como mecanismo de imunização da decisão solipsista. E essa imunização se consegue com inoculação de uma dose não letal da “doença” (leia-se: da atividade probatória complementar do juiz) no processo penal. E, repita-se, ao se firmar essa opção não se afasta do sistema acusatório orientado pelo princípio dispositivo na gestão da prova pelas partes e considerado à luz das balizas interpretativas do novo processo penal brasileiro: de proibição de excesso (o juiz não deve ser o principal protagonista da produção probatória) e de proibição de proteção insuficiente (deve-se permitir uma atuação probatória complementar do magistrado para dar maior efetividade às garantias do contraditório e da ampla defesa).

**Vigésima-segunda conclusão.** Os princípios do contraditório e da ampla defesa ganham nova e maior dimensão de efetividade quando o juiz também tem a possibilidade de participar ativamente na compreensão da prova que está sendo produzida. Ou seja: a participação do magistrado no momento da produção da prova – não como principal protagonista, mas em caráter subsidiário – não somente é possível, mas guarda importante função de colaborar para ampliar a possibilidade das partes

influírem no processo decisório. Assim, alargar o alcance do contraditório e da ampla defesa também passa pela possibilidade desses mecanismos serem lidos como capazes de neutralizar o efeito alucinatório da prova na mente de um juiz-no-mundo, provocando-lhe reflexões no presente da audiência que lhe façam alterar os possíveis “quadros mentais paranoicos”, afastar os possíveis “quadros mentais parafásicos” e conduzi-lo a alcançar “quadros mentais metanoicos”.

**Vigésima-terceira conclusão.** Para que a imediação e a participação secundária na produção da prova em audiência tenha o efeito que se pretende alcançar reproduzido na sentença, é preciso que a mesma pessoa que passou pelo duplo processo mental, isto é, de captura psíquica e constrangimento das evidências no curso da audiência e atingiu níveis de compreensão que circunstancialmente puderam até mesmo gerar os chamados “quadros mentais metanoicos”, seja a mesma a elaborar a sentença. A identidade física do juiz, portanto, deve ser lida numa dimensão de garantia plena, afastando-se os critérios que restringem essa norma e que foram construídos a partir da visão do processo civil (promoção, remoção, aposentadoria, férias e outros).

**Vigésima-quarta conclusão.** A proposta contida no art. 4º do Projeto de Lei nº 156/2009, de reger a possibilidade de o juiz produzir prova “apenas em favor do réu”, não serve para se permitir o avanço de conformidade constitucional pretendido ao processo penal brasileiro, pois nesse caso se poderia questionar sua imparcialidade. Ademais, não há como saber, de antemão, se a prova por ele buscada seria, de fato, favorável ao réu e, assim, se cairia novamente na falha psicanalítica da inércia absoluta. Vê-se, portanto, que a proposta nos termos do Projeto também não serve, além de não ter fundamento no quanto aqui sustentado.

**Vigésima-quinta conclusão.** Em atenção ao sistema acusatório o artigo 175 do Projeto de Lei nº 156/2009 deve sofrer alguns pequenos ajustes para permitir a iniciativa probatória secundária do juiz agora legitimada sob o novo paradigma de maior efetivação do contraditório e da ampla defesa na perspectiva de se permitir provocar a transformação dos “quadros mentais paranoicos” em “quadros mentais metanoicos”

antes do juiz decidir o caso penal. É isso que se espera do juiz no novo processo penal brasileiro. O texto que se sugere ao novo Código de Processo Penal brasileiro, nesse processo dialógico e intersubjetivo de compreensão da prova testemunhal no presente da audiência é o seguinte:

*Art. 175. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.*

*§1º. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição, dando ensejo à possibilidade de novas perguntas pelas partes. Se novas perguntas forem formuladas pelas partes, o juiz poderá novamente complementar a inquirição, dando ensejo a nova possibilidade de questionamentos das partes, e assim sucessivamente, até que não restem mais dúvidas e questões a serem sanadas no depoimento.*

*§2º. Caso o juiz não faça nenhuma pergunta complementar, deverá externar e documentar, resumidamente, os pontos principais de sua compreensão da fala da testemunha, após o que as partes poderão realizar novas intervenções esclarecedoras. Sobre estes pontos, o juiz poderá novamente registrar suas impressões, com novas possibilidades de intervenção das partes, e assim sucessivamente, até que não restem mais dúvidas e questões a serem sanadas no depoimento.*

**Vigésima-sexta conclusão.** A “livre apreciação da prova” e o “livre convencimento” também devem ser expurgados do texto do novo Código de Processo Penal, seguindo o quanto sucedeu no novo Código de Processo Civil. Para tanto, basta a retirada da palavra “livremente” na proposta ao novel artigo 168, que passaria a ser redigido nos seguintes termos:

*Art. 168. O juiz formará o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.*

**Vigésima-sétima conclusão.** Seja pelo ângulo da Hermenêutica Filosófica e da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, seja levando em conta a Psicologia Cognitiva e o quanto a Psicanálise são relevantes na compreensão do processo decisório do magistrado, como defende Jacinto Coutinho, é importante que o juiz seja autorizado a formular perguntas complementares às testemunhas ou instado a dizer o que compreendeu da prova no presente da audiência de instrução e julgamento.

## Bibliografia.

- ABBAGNANO, Nicola. **História da Filosofia. Volume 09.** 4ª ed., tradução de Armando da Silva Carvalho e António Ramos Rosa, Lisboa: Editorial Presença, 2000.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua.** 2ª ed., 1ª reimpressão. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- AGOSTINHO, Santo. **Confissões.** Tradução de Alex Martins, São Paulo: Martin Claret, 2007.
- \_\_\_\_\_. **A Cidade de Deus: (contra os pagãos).** Vol. I e II. Tradução de Oscar Paes Leme, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003.
- \_\_\_\_\_. **De Magistro (Do Mestre).** Tradução de Ângelo Ricci. In: Coleção Os Pensadores, 2ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- \_\_\_\_\_. **A Doutrina Cristã: Manual de Exegese e Formação Cristã.** Tradução de Nair de Assis Oliveira, São Paulo: Paulinas, 1991.
- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica.** 3ª ed., tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALFONSO EL SABIO, Rey. **Las Siete Partidas.** Madrid: Imprenta Real, 1807. Disponível em [www.archive.org/details/lasseietepartidas01castuoft](http://www.archive.org/details/lasseietepartidas01castuoft), acesso em 02.10.2010.
- ALMEIDA, Cybele Crossetti de. **Poder e Sociedade: as relações entre a Universidade e o Conselho da Cidade de Colônia em fins da Idade Média e começo da idade moderna.** Disponível em: <http://www.hottopos.com/notand18/poder.pdf>, acesso em 13.03.2013.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALMEIDA, Marcius Alexandros Antunes. Proibição de Excesso na Prisão Preventiva. In: **Ciências Penais e Sociedade Complexa II.** (Organizadores: FAYET JR., Ney e MAYA, André Machado), Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, pp. 259-274.

- AMAR, Akhil Reed. ***The Bill of Rights: Creation and Reconstruction***. Harrisonburg, Virginia: Yale University Press, 1998.
- AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014.
- AMBOS, Kai. ***El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica***” In: *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Lorena Bachmaier Winter (coordenação), Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, pp. 49-72.
- AMBROISE-CASTEROT, Coralie. ***De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire***. Thèse. Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2000.
- AMODIO, Ennio. ***Processo Penale, Diritto Europeo e Common Law: dal rito inquisitorio al giusto processo***. Milano: Giuffrè, 2003.
- AMOS, Tversky; KAHNEMAN, Daniel. Apêndice A: Julgamento sob Incerteza: Heurísticas e Vieses. In: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio de Arantes Leite, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- ANDRADE, Carlos Drummond de. **Poesia Completa: conforme as disposições do autor. Volume 01**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As Instruções de Torquemada e Valdés**, Curitiba: Juruá, 2006.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Valoração da Prova e Sentença Penal**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.
- \_\_\_\_\_. *La Convicción del Juez Penal*. In: ***Justicia Penal, Política Criminal y Estado Social de Derecho en el Siglo XXI. Tomo II***. SOTTOMAYOR, Carlos Tieffer (Organizador). Buenos Aires: Ediar, 2015, pp. 711-735.
- ANJOS, Augusto dos. Natureza Íntima. In: **Outras Poesias, Obra Completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.
- AQUINO, José Carlos G. Xavier de.; NALINI, José Renato. **Manual de Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 1997.



- AQUINO, Tomás de. **Verdade e Conhecimento: tradução, estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Launad e Mario Bruno Sproviero**, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Súmula contra os Gentios**. Tradução de Luiz João Baraúna, in Coleção Os Pensadores, São Paulo: Editora Nova Cultural, 2004.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y Derecho Procesal**. Madrid: Aguilar, 1960.
- ARANTES, José Tadeu. **Bacon e Newton: em busca da Alma do Mundo**, São Paulo: Ed. Terceiro Nome: Mostarda Editora, 2005.
- ARAÚJO, Saulo de Freitas. O Lugar de Christian Wolff na História da Psicologia. In: **Universitas Psychologica. Volume 2, nº 03**, Bogotá: 2012, pp. 1013-1024, disponível em file:///C:/Users/rrchemim/Downloads/1662-14113-1-PB.pdf, acesso em 23 de novembro de 2014.
- ARISTÓTELES. **Metafísica**. 2ª ed., tradução de Edson Bini, São Paulo: EDIPRO, 2012.
- \_\_\_\_\_. **A Política**. I, 2. In: Coleção Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Retórica**, tradução de Marcelo Silvano Madeira, São Paulo: Rideel, 2007.
- \_\_\_\_\_. Analíticos Posteriores. In: **Órganon**, 2ª ed., tradução de Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Constituição de Atenas**. Tradução e notas Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2012.
- ARLACCHI, Pino. **Adeus à Máfia. As confissões de Tomamaso Buscetta**. Tradução de Roberto Cattani e Lucia Wataghin, São Paulo: Atica, 1997.
- ARMENTA DEU, Teresa. **Principio Acusatorio y Derecho Penal**. Barcelona: JM Bosch, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Estudios de Justicia Penal**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- ARNAOUTOGLU, Ilias. **Leis da Grécia Antiga**. Tradução de Ordep Trindade Serra e Rosiléa Pizarro Cernelós, São Paulo: Odisseus, 2003.
- AROCENA, Gustavo Alberto; BALCARCE, Fabián Ignacio; CESANO, José Daniel. **Prueba en Materia Penal**. Buenos Aires: Astrea, 2009.

- ARRIMADA ANTÓN, Lucas. *Constitucionalismo, concepciones de democracia y diseño institucional: sobre frenos, puentes y motores en la democracia deliberativa*. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto; ROSENKRANTZ, Carlos F. (Organizadores). **Homenage a Carlos Santiago Nino**, Buenos Aires: La Ley, 2008.
- ARRUDA, José Jobson de A. **História Antiga e Medieval**, 3ª ed., São Paulo: Ática, 1979.
- ASCHERI, Mario. *Le fonti e la flessibilità del diritto commune: il paradosso del consilium sapientes*. Abstract in: ASCHERI, Mario; BAUMGARTNER, Ingrid e KIRSHNER, Julius (Organizadores). **Legal Consulting in the Civil Law Tradition. Studies in Comparative Legal History**. Berkeley: Robbins Collection Publications, 1999, p. 393.
- ASHWORTH, Andrew. **The Criminal Process – an evaluative study**. 2ª ed., New York: Oxford University Press Inc., 1998.
- Assize of Clarendon, 1166**. Lillian Goldman Law Library. The Avalon Project. *Documents in Law, History and Diplomacy*. Disponível em [www.avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp](http://www.avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp), acesso em 04.03.2013.
- ASSOUN, Paul-Laurent. **Freud e as Ciências Sociais. Psicanálise e Teoria da Cultura**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet, São Paulo: Edições Loyola Jesuítas, 2012.
- AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- AVELÃS NUNES, A. J. **Noção e Objecto da Economia Política**. 2ª reimpressão da 2ª edição de 1996. Coimbra: Almedina, 2006.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.
- AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. **Curso de Direito Judiciário Penal**. 1º vol., São Paulo: Saraiva, 1958.

- BACON, Francis. **Novum Organum ou Verdadeiras Indicações Acerca da Interpretação da Natureza**. Tradução e notas: José Aluysio Reis de Andrade, disponível em <http://www.psb40.org.br/bib/b12.pdf>, créditos da digitalização: membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia). Homepage do grupo: <http://br.egroups.com/group/acropolis/>, acesso em 16 de junho de 2014.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito ao Julgamento por Juiz Imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: **Processo Penal, Constituição e Crítica: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, pp. 343-363.
- BAECKER, Dirk. *¿Por qué una Teoría de Sistemas?* In: **Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidad de Aplicación**. (Carlos Gómez-Jara Díez, editor), Lima: ARA Editores, 2007, pp. 23-41.
- BÁEZ, Fernando. **História Universal da Destruição dos Livros. Das Tábuas Sumérias à Guerra do Iraque**. Tradução de Leo Schlafman. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.
- BAIGENT, Michael e LEIGHT, Richard. **A Inquisição**. Tradução de Marcos Santarrita, Rio de Janeiro: Imago, 2001.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia y Sistema Penal (Compilación in memoriam)**. Tradução do italiano para o espanhol de Marianela Pérez Lugo e Patricia Chiantera. Buenos Aires: BdeF, Julio César Faira Editor, 2004.
- BARCELLOS, Caco. **Abusado: o Dono do Morro Dona Marta**. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- BARKOW, Rachel E. *Separation of Powers and the Criminal Law*. In: **Stanford Law Review**, Stanford, v. 58, n. 4, p. 989-1054, fev. 2006, p. 1033, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=805984](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=805984), acesso em 12 de abril de 2014.
- BARREIROS, José Antonio. **Processo Penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Reflexões Sobre o Garantismo Processual: será o modelo adversarial a única medida certa para essa doutrina? In: **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., José Renato

- Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Jus Podium, 2013, pp. 429-441.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e 11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Processual Penal. Volume I**. Rio de Janeiro: Campos/Elsevier, 2005.
- BARROS, Manoel de. **Poesia Completa**. São Paulo: Leya, 2011.
- BARROS, Marco Antonio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2002.
- BARROS, Maria Nazareth Alvim de. **Deus Reconhecerá os Seus. A História Secreta dos Cátaros**. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.
- BASTOS, Marcelo Lessa. Processo Penal e Gestão da Prova: Os novos arts. 155 e 156 do Código reformado (Lei nº 11.690/08). In: **Jus Navigandi**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/11593/processo-penal-e-gestao-da-prova>, acesso em 22 de maio de 2015.
- BATISTA DE LUCA, Gio. ***Il Dottor Volgare. Overo il compendio di tutta la legge Civile, Canonina, Feudale, e Municipale, nelle cose più ricevute in pratica; Moralizzato in Lingua Italiana. Tomo Sesto. Libro Decimoquinto. Parte Seconda. Delle Giudizj Criminali, e della loro Practica nella Curia Romana***. Colonia: Modesto Fenzio, 1740, Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=MWaAc0Zz8NwC&pg=PA365&dq=dottor+volgare+XV&hl=pt-BR&sa=X&ei=5E0YVN66A5HisASjzYDYBw&ved=0CB4Q6AEwAA#v=onepage&q=dottor%20volgare%20XV&f=false>, acesso em 16 de setembro de 2014.
- BATISTI, Leonir. **Curso de Direito Processual Penal. Volume 1**. Curitiba: Juruá, 2006.
- BAUDRILLARD, Jean. **A Transparência do Mal. Ensaio Sobre os Fenômenos Extremos**. 9ª ed., tradução de Estela dos Santos Abreu, Campinas: Papirus, 1990.

- BAUMAN, Richard A. ***Crime and Punishment in Ancient Rome***. New York: Routledge, 1996.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida Para Consumo. A Transformação das Pessoas em Mercadoria**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Vida a Crédito**. Tradução de Alexandre Werneck, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.
- \_\_\_\_\_. **A Sociedade Individualizada. Vidas contadas e histórias vividas**. Tradução de José Grade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.
- \_\_\_\_\_. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução de Mauro Gama e de Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- BEATTIE, J. M.. *Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*. **Law and History Review**, Vol. 9, nº 2, American Society for Legal History, The Board of Trustees of the University of Illinois, Autumn, 1991, pp. 221-267. Disponível em [www.jstor.org](http://www.jstor.org), acesso em 07.02.2013.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dei delitti e delle pene**. A cura di Franco Venturi, Torino, Italia: Giulio Einaudi editore, 1973.
- BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: RT, 2009.
- BELING, Ernst, **Derecho Procesal Penal**, Tradução para o espanhol de Miguel Fenech, Buenos Aires: DIN Editora, 2000.
- BENTO DE FARIA, A. **Código de Processo Penal. Volume I, Arts. 1 a 250**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Record Editora, 1960.
- BERGMANN, Gustav. *Strawson's Ontology*. In: **Collected Works: selected papers, Vol. II**, Michigan: Ontos Verlag, 2003.
- BERLO, David K. **O Processo da Comunicação. Introdução à Teoria e à Prática**. Tradução de Jorge Arnaldo Fontes. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas. Fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. Tradução de Francisco M. Guimarães, 3 ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

- BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- BETTIOL, Giuseppe. ***Istituzioni di diritto e procedura penale***, Padova: CEDAN, 1966.
- BEAUMANOIR, Philippe de. ***Les Costumes de Beauvoisis. Nouvelle édition, publié d'après le manuscrits de la bibiotheque royale***. Paris: Jules Renouard, 1842. Disponível em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 07.02.2011.
- BENTLEY, David. ***English Criminal Justice in the Nineteenth Century***. London: The Hambledon Press, 1998.
- BÍBLIA. A.T. Pentateuco. A Tora Viva – Os cinco livros de Moisés e as Haftarat: uma nova tradução baseada em fontes judaicas tradicionais, com comentários, introdução, mapas, tabelas, gravuras, bibliografia e índice remissivo.** Por Aryeh Kaplan. Tradução por Adolpho Wasserman, São Paulo: Maayanot, 2000.
- BÍBLIA SAGRADA READER'S DIGEST**. Rio de Janeiro: Reader's Digest do Brasil, 2001.
- BINDER, Alberto M. ***Derecho Procesal Penal. Tomo II. Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva***. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014.
- BLACKSTONE, Willian. ***Commentaries on the Laws of England***. Vol. II, Livros III e IV, New York: Collins and Hannay, 1832, pp. 276 e ss., disponível em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 05.03.2012.
- BLANC, Claudio. **Guia da Mitologia Celta: a magia da mitologia Celta**. Disponível em <https://books.google.com.br/books?id=-HUPCAAQBAJ&pg=PT46&dq=santa+br%C3%ADgida+brigit+celta&hl=pt-BR&sa=X&ei=-d1hVZHcNIWINo-rgbAF&ved=0CCkQ6AEwAA#v=onepage&q=santa%20br%C3%ADgida%20brigit%20celta&f=false>, acesso em 24 de maio de 2015.
- BLANCO, Carlos Nieto. ***La Conciencia Lingüística de la Filosofía***. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- BLOCH, Marc. **Os Reis Taumaturgos**. Tradução de Julia Mainardi. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

- BOBBIO, Norberto. A Natureza do Preconceito. In: **Elogia da Serenidade e Outros Escritos Morais**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: UNESP, 2002, pp. 103-118.
- BODE, Stefan; HE, Anna Hanxi; SOON, Chun Siong; TRAMPEL, Robert; TURNER, Robert; HAYNES, John-Dylan. *Tracking the Unconscious Generation of Free Decisions Using Ultra-High Field - fMRI*. In: **Plos One**, volume 06, issue 06, Londres: Sam Gilbert, University College London, 27 de junho de 2011. Disponível em <http://www.plosone.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0021612>, acesso em 11 de dezembro de 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- BORGES, Clara Maria Roman. A Permeabilidade Inquisitorial de Um Projeto de Código de Processo Penal Acusatório. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, pp. 25-36.
- \_\_\_\_\_. As Ameaças Inquisitoriais ao Novo CPP. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho (Organizadores) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. Volume 2**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, pp. 37-48.
- \_\_\_\_\_. Um Olhar para Além dos Sistemas Processuais Penais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 21, nº 104**. São Paulo: Thomson Reuters, RT, setembro-outubro de 2013, pp. 147-171.
- BORGES, Jorge Luis. Funes o Memorioso. In: **Jorge Luis Borges: Prosa Completa**. Volume 1, tradução de Marco Antonio Franciotti. Barcelona: Bruguera, 1979.
- BORNHEIM, Gerd A. **Os Filósofos Pré-Socráticos**. Gerd Bornheim (Organizador), São Paulo: Cultrix, 1998.
- BOTERO CARDONA, Martín Eduardo. **El Sistema Procesal Penal Acusatorio. El Justo Proceso. Estructura y Funcionamiento. Prospectiva de Italia para América Latina**. Lima: Ara Editores, 2009.

BRANDÃO, Nuno; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Sistemas Processuais Penais do Brasil e de Portugal – Estudo Comparado. In: **Processo Penal do Brasil e de Portugal. Estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira** (L.G. Grandinetti Castanho de Carvalho, Organizador), Coimbra: Almedina, 2009, pp. 11-69.

BRASIL. **Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados**. 30 de março de 2001, p. 9474, disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=597>, acesso em 11 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. Organização Luiz Flávio Gomes. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, 15ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos). Decreto 678/1992**. In: BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. Organização Luiz Flávio Gomes. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, 15ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Ata da audiência de instrução e julgamento nos Autos de Processo Criminal nº 0025236-84.2014.8.26.0576, da 3ª Vara Criminal de São José do Rio Preto, São Paulo**. Publicada em audiência no dia 20 de janeiro de 2015, disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150211-11.jpg>, acesso em 17 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Coordenador: Ministro Hamilton Carvalhido. Relator: Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira, 2009.

\_\_\_\_\_. **Senado Federal. Emenda nº 19/2010, de autoria do Senador Pedro Simon, apresentada na CCJ ao Substitutivo ao PLS nº 156/2009 (Modificativa)**.



Disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/73521.pdf>, acesso em 22 de julho de 2013.

\_\_\_\_\_. **Senado Federal. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça.** 09 de dezembro de 2009. Disponível em [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=90645](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645), acesso em 22 de julho de 2013.

\_\_\_\_\_. **Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009.** Com as alterações encampadas na Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal do Senado, com redação final apresentada em 07 de dezembro de 2010, pelo Parecer nº 1636/2010.

\_\_\_\_\_. **Senado Federal. Redação Final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8046, de 2010, naquela Casa).** Disponível em <https://docs.google.com/file/d/0B9-ftlQefCN8WIJ3TU5mLVU3R28/view?pli=1>, acesso em 09 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo Regimental no Agravo nº 1238071/PE.** Relator Ministro Jorge Mussi., julgado em 03 de fevereiro de 2015, publicado em 12 de fevereiro de 2015. Disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=%28%22n%E3o+%E9+obrigado%22%29+E+%28%22Quinta+Turma%22+OU+%22Sexta+Turma%22+OU+%22Terceira+Secao%22%29.org.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22n%E3o+%E9+obrigado%22%29+E+%28%22Quinta+Turma%22+OU+%22Sexta+Turma%22+OU+%22Terceira+Secao%22%29.org.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO), acesso em 09 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso em Habeas Corpus nº 53470/PA.** Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 02 de dezembro de 2014, disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201402962502&dt\\_publicacao=11/12/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402962502&dt_publicacao=11/12/2014), acesso em 11 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus nº 269084.** Relator Ministro Felix Fischer, julgado em 16 de dezembro de 2014, publicado em 02 de fevereiro de 2015. Disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=%22li](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22li)

vre+aprecia%E7%E3o+da+prova%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO, acesso em 09 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1260769/SP.** Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 25 de fevereiro de 2014, publicado em 12 de março de 2014. Disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=%28%22n%E3o+%E9+obrigado%22%29+E+%28%22Quinta+Turma%22+OU+%22Sexta+Turma%22+OU+%22Terceira+Secao%22%29.org.&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22n%E3o+%E9+obrigado%22%29+E+%28%22Quinta+Turma%22+OU+%22Sexta+Turma%22+OU+%22Terceira+Secao%22%29.org.&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11), acesso em 09 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 437.760/DF**, Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 22 de abril de 2009. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=874750&sReg=200500351129&sData=20090511&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=874750&sReg=200500351129&sData=20090511&formato=PDF), acesso em 23 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 395152/PB**, Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 06/05/2014, disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), acesso em 21 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus nº 99.739/DF**. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima julgado em 15 de junho de 2010, disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200800231660&dt\\_publicacao=02/08/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800231660&dt_publicacao=02/08/2010), acesso em 11 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo de Instrumento nº 218668**, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 14 de dezembro de 1998, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=286818>, acesso em 23 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.326**, disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4456613>, acesso em 23 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus nº 115352/DF.** Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 16/04/2013, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>, acesso em 07 de setembro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso em Habeas Corpus nº 102813/SP,** Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 17 de abril de 2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1962628>, acesso em 11 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus nº 102087/MG.** Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Julgamento em 28/02/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>, acesso em 13 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Alçada do Paraná. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 54047-4.** Relator: Fleury Fernandes, Segunda Câmara Criminal, julgado em 04 de março de 1993, unânime, disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/110334/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-54047-4>, acesso em 11 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Alçada do Paraná. Quarta Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 80336-9.** Relator Jesus Sarrão, julgado em 13 de outubro de 1995, unânime, disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/136984/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-80336-9>, acesso em 11 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Órgão Especial. Denúncia Crime nº 647667-7.** Relator Des. Xisto Pereira, julgado em 09 de maio de 2013, disponível em <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>, acesso em 11 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 891609-0.** Relator Des. Rogério Etzel, julgado em 31 de janeiro de 2013, disponível em

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11414171/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-891609-0>, acesso em 11 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 70049677628 (nº CNJ: 0274353-03.2012.8.21.7000)**, Relator Des. Marco Aurelio de Oliveira Canosa, julgada em 31 de outubro de 2013, disponível em [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_acordaos.php?Numero\\_Processo=70049677628&code=4074&entrancia=2&id\\_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%202.%20CAMARA%20CRIMINAL](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70049677628&code=4074&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%202.%20CAMARA%20CRIMINAL), acesso em 11 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 16ª Câmara de Direito Criminal Habeas Corpus nº 2020697-86.2015.8.26.0000**. Relator Desembargador Borges Pereira, julgado em 28 de abril de 2015. Disponível em <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=4&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2020697-86.2015&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2020697-86.2015.8.26.0000&dePesquisaNuAntigo=>, acesso em 17 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Habeas Corpus nº 0063836-25.2013.4.01.0000/DF**. Relator Desembargador Federal Olindo Menezes, julgado em 11 de novembro de 2013, disponível em <http://arquivo.trf1.gov.br/PesquisaMenuArquivo.asp>, acesso em 24 de maio de 2015.

BROWN, Peter. **Santo Agostinho, uma biografia**, 3ª ed., tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Record, 2005.

BRUCKNER, Pascal. Filhos e Vítimas: o tempo da inocência. In: **A Sociedade em Busca de Valores: para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, pp. 51-62.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, Parte Geral – Tomo I**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- BRUNO, Giordano. **Tratado da Magia**. Tradução, introdução e notas de Rui Tavares, São Paulo: Martins, 2008.
- BUCHLER, Justus. *Introduction*. In: ***Philosophical Writings of Peirce***. New York: Dover Publications, 1955.
- BUENO, José Antonio Pimenta. **Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro**. 2ª ed. Correcta e augmentada. Rio de Janeiro: Empreza Nacional do Diário, 1857.
- Bula *Ad Bolendam*. Constituição Apostólica de Lúcio III. Verona, 04 de novembro de 1184. In: RUST, Leandro Duarte. Bulas Inquisitoriais: *Ad Bolendam* (1184) e *Vergentis in Senium* (1199). In: **Revista de História**, São Paulo, nº 166, pp. 129-161, janeiro/junho de 2012, disponível em <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/viewFile/48532/52451>, acesso em 26 de maio de 2015, pp. 150 e ss..
- Bula Ad Extirpanda.** Disponível em [www.userwww.sfsu.edu/~draker/history/Ad\\_Extirpanda.html](http://www.userwww.sfsu.edu/~draker/history/Ad_Extirpanda.html), acesso em 03.10.2010.
- Bula *Vergentis in Senium*. Cartas Decretais de Inocêncio III. Roma, 25 de março de 1199. In: RUST, Leandro Duarte. Bulas Inquisitoriais: *Ad Bolendam* (1184) e *Vergentis in Senium* (1199). In: **Revista de História**, São Paulo, nº 166, pp. 129-161, janeiro/junho de 2012, disponível em <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/viewFile/48532/52451>, acesso em 26 de maio de 2015, pp. 156 e ss..
- Bula *Excommunicamus*, 1236, In: MAITLAND, S.R., ***Facts and Documents Illustrative of the History, Doctrine, and Rites of the Ancient Albigenses & Waldenses***, London: 1832, livro digitalizado na íntegra em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 05.10.2010.
- Bula *Licet ad capiendos*, 1233. In: SIDAUI, Rogério. **Curiosidades Históricas**. São Paulo: Ibrasa, 2004.
- BULTMANN, Rudolf. O Problema da Hermenêutica. In: BULTMANN, Rudolf. **Crer e Compreender: ensaios selecionados**. Tradução de Walter Schlupp, Walter Altmann e Nélío Schneider, São Leopoldo: Sinodal, 2001, pp. 287 e ss..

- BURL, Audrey. **Hereges de Deus. A Cruzada dos Cátaros e Albigenses**. Tradução para o português de Ana Carolina Trevisan Camilo, São Paulo: Madras, 2003.
- BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013.
- \_\_\_\_\_. De Magistrados, Inquisidores, Promotores de Justiça e Samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal. Modernas Tendências do Sistema Criminal. Volume 2, número 1**. Curitiba: FAE Centro Universitário, janeiro/junho de 2010, pp. 103-126.
- CABRERA, Julio. **Margens das Filosofias da Linguagem. Conflitos e Aproximações Entre Analíticas, Hermenêuticas, Fenomenologias e Metacríticas da Linguagem**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.
- CAIANIELLO, Michele. *First Decisions on the Admission of Evidence at ICC Trials: A Blending of Accusatorial and Inquisitorial Models?* In: **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 9, issue 2, 2011, pp. 385-410, disponível em <http://jicj.oxfordjournals.org/content/9/2/385>, acesso em 24.04.2012.
- CAIRNS, David J. A.. **Advocacy and Making of the Adversarial Criminal Trial – 1800-1865**. London: Clarendon Press, 1999.
- CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por um Advogado**. Tradução de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Il Giudice e lo Storico*. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Vol. 2, Padova: CEDAM, 1939.
- \_\_\_\_\_. *Verità e Verossimiglianza nel Processo Civile*. **Rivista di Diritto Processuale**. Volume X, Parte I, Padova: CEDAM, 1955, pp. 164-192.
- \_\_\_\_\_. *Il Processo come Giuoco*. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Vol. I, Padova: CEDAM, 1950, pp. 23 e ss..
- \_\_\_\_\_. **Proceso Y Democracia**. Tradução para o espanhol de Héctor Fix-Zamudio. Lima: Ara Editores, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Direito Processual Civil**, Volume 3, Campinas: Bookseller, 1999.
- CAMPANELLA, Tommaso. **A Cidade do Sol**. Tradução de Heloísa da Graça Burati, São Paulo: Rideel, 2005.
- CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3689, de 03 de outubro de 1941. In: BRASIL. **Código Penal, Código de Processo**

- Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal.** Organização Luiz Flávio Gomes. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, 15ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Tradução de A. Menezes Cordeiro, 2 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003.
- CANO, Ignácio; DUARTE, Thaís. **No Sapatinho: evolução das milícias no Rio de Janeiro (2008-2011).** CANO, Ignacio; DUARTE, Thais (Coordenadores); ETTEL, Kryssia; CRUZ, Fernanda Novaes (Pesquisadoras). Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012. Disponível em [http://br.boell.org/sites/default/files/no\\_sapatinho\\_lav\\_hbs1\\_1.pdf](http://br.boell.org/sites/default/files/no_sapatinho_lav_hbs1_1.pdf), acesso em 24 de maio de 2015.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003
- CAPPELLINI, Paolo. **Sistema Jurídico e Codificação.** Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca e Angela Couto Machado Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio Processo Scienza Verità. In: Rivista di Diritto Processuale. Volume V, Parte I, Padova: CEDAM, 1950.
- CARACENI, Lina. **Poteri d'Ufficio in Materia Probatoria e Imparzialità del Giudice Penale.** Milano: Giuffrè, 2007.
- CARBASSE, Jean-Marie. **Histoire du droit penal et de la justice criminelle, 2ª édition refondue.** Paris: Presses Universitaires de France, 2009
- \_\_\_\_\_. **Histoire du Parquet**, Paris: Presses Universitaires de France, 2000.
- CARMIGNANI, Giovanni. **Teoria delle leggi della sicuritezza sociale**, Tomo IV, Pisa: Fratelli Nistri, 1832. Disponível em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 30.04.2009.
- CARNELUTTI, Francesco. **La Certeza del Diritto. Rivista di Diritto Processuale Civile.** Padova: CEDAM, 1943.

- \_\_\_\_\_. *Verità, Dubbio, Certezza*. In: ***Rivista di Diritto Processuale***, Volume XX (II Serie), Padova: CEDAM, 1965, pp. 04-09.
- \_\_\_\_\_. **Lições Sobre o Processo Penal. Volume 1**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno, Campinas: Bookseller, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Giuoco e processo*. In: ***Rivista di Diritto Processuale***, Vol. I, Padova: CEDAM, 1951, pp. 105 ss.
- \_\_\_\_\_. **Arte do Direito**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. São Paulo: Edicamp, 2001.
- CARNOT, M. ***De L'Instruction Criminelle***. Paris: Chez Nêve, Libraire de la Cour de Cassation, 1812, p. 159, disponível em <www.books.google.com>, acesso em: 10 de dezembro de 2011.
- CARRARA, Francesco. ***Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale, Vol. II***, 9ª ed., Firenze: Casa Editrice Libreria "Fratelli Cammelli", 1902.
- CARROLL, Lewis. **Aventuras de Alice no País das Maravilhas & Através do Espelho e o que Alice Encontrou Por Lá**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- CARVALHO, Américo Taipa de. **Sucessão das Leis Penais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo em Movimento**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Eles, os Juízes Criminais, Vistos por Nós, os Juízes Criminais**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- \_\_\_\_\_. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre (Coordenador). **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.
- CARVALHO, Djalma Eutímio de. **Curso de Processo Penal**, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CARVALHO, José Maurício de. **História da Filosofia e Tradições Culturais. Um Diálogo com Joaquim de Carvalho**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.



- CARVALHO, Salo de. e WUNDERLICH, Alexandre (organizadores). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.
- CASARA, Rubens. R.R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro. Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais. Volume I**, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.
- CASTANHEIRA NEVES, A.. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Volume 2. Reimpressão. Coimbra: Wolters Kluwer sob a marca Coimbra Editora, 2010.
- CASTEX, Francisco. **Sistema Acustório Material. Uma investigación sobre los fundamentos del querelante autónomo**. Buenos Aires: Del Puerto, 2013.
- CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2003.
- CHAMPAGNE, Richard A. *The Separation of Powers, Institutional Responsibility, and the Problem of Representation*. In: **Marquette Law Review**, Milwaukee, v. 75, nº 4, 1992, pp. 839-861.
- CHÂTELET, François. **Uma História da Razão: entrevistas com Émile Noël**. Tradução de Lucy Magalhães, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1994.
- CHEMAMA, Roland. **Dicionário de Psicanálise Larousse**. (Organizador). Tradução de Francisco Franke Settineri. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1995.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.
- \_\_\_\_\_. Modelos Processuais Penais: apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória. In: **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coordenadores). Salvador: Editora Jus Podium, 2013, pp. 187-197.
- \_\_\_\_\_. O Juiz de Garantias na Reforma do Código de Processo Penal. In: **Processo Penal, Constituição e Crítica: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, pp. 267-276.

- CHURCHILL, Winston S. **História dos Povos de Língua Inglesa – Berço da Inglaterra, vol. 1**, tradução de Aydano Arruda, São Paulo: IBRASA, 2005.
- CLARO, Giulio. ***Sententiarum Receptarum, Liber Quintus***. Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=FGjE98QNTToMC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>, acesso em 15 de setembro de 2014.
- COCKBURN, J. S. ***A History of the English Assizes – 1558-1714***. London: Cambridge University Press, 1972.
- COELHO, Fábio Ulhoa. A Análise Econômica do Direito. In: SUNFELD, Carlos Ari e outros. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PUC/SP**. São Paulo: Max Limonad, 1995.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria da Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1974.
- COLLECÇÃO CHRONOLOGICA DA LEGISLAÇÃO PORTUGUEZA COMPILADA E ANNOTADA POR JOSÉ JUSTINO DE ANDRADE E SILVA – 1603-1612**. Lisboa: Imprensa de J. J. A. Silva, 1854, p. 295, disponível em <https://books.google.com.br/books?id=J15OAAAAYAAJ&pg=PA295&lpg=PA295&dq=alvar%C3%A1+22+de+novembro+de+1610&source=bl&ots=lcnwWGldyW&sig=OG9m5dvpAP7ELb9DGwaEpIEfYg&hl=pt-BR&sa=X&ei=2hNNVbHeB4qlgwTkgQE&ved=0CC8Q6AEwAw#v=onepage&q=alvar%C3%A1%2022%20de%20novembro%20de%201610&f=false>, acesso em 08 de maio de 2015.
- COLLIN, Catherine *et al.* **O Livro da Psicologia**. Tradução de Clara M. Hermeto e Ana Luisa Martins, São Paulo: Globo, 2012.
- COLUCCI, Maria da Glória. **Fundamentos de Teoria Geral do Direito e do Processo**, 3º ed., Curitiba: JM Editora, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de José Arthur Gianotti, São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN. Cándido. *La Reforma del Proceso Penal, Nuevas Fórmulas para la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. In: ***Iuris: actualidad y práctica del***

- derecho. Nº 56**, Madrid: La Ley, dezembro 2001, pp. 23-33, p. 25, disponível em <http://revistas.laley.es/content/Revista>, acesso em 16 de janeiro de 2014.
- CONNOR, James A. **A Bruxa de Kepler: a descoberta da ordem cósmica, por um astrônomo em meio a guerras religiosas, intrigas políticas e o julgamento por heresia de sua mãe**. Tradução de Talita M. Rodrigues, Rio de Janeiro: Rocco, 2005.
- CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta; DELLA CASA, Franco; GATTO, Alfredo; ILLUMINATI, Giulio; MARZADURI, Enrico; ORLANDI, Renzo; SCAPARONE, Metello; VOENA, Giovanni Paolo. **Compendio di Procedura Penale**. 2ª edizione. Padova: CEDAM, 2003.
- CONSTANTIUS, Constantin. **Visão Paradoxa de Jano**. Disponível em <http://essenciaeexistencia.blogspot.com.br/2008/12/viso-paradoxa-de-jano.html>, acesso em 06 de novembro de 2014.
- CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: UTET, 1986.
- \_\_\_\_\_. **Procedura Penale**. 8ª ed., Milano: Giuffrè Editore, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Tradução para o espanhol de Jorge Guerrero, Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Criminalia. Nascita dei sistemi penali**. Roma-Bari: Editori Laterza, 1986.
- COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia. Ensaios de História do Pensamento Jurídico**. Tradução de Alexander Rodrigues de Castro et.al. Biblioteca de História do Direito (Coordenada por Ricardo Marcelo Fonseca). Tradução de Érica Hartman, Curitiba: Juruá, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Il Modello Accusatorio in Italia: fra 'attuazione della costituzione' e mutamenti di paradigma*. In: **Diritti Individuali e Processo Penale nell'Italia Repubblicana: materiali dall'incontro di studio, Ferrara, 12-13 novembre 2010**. *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, nº 93, Milano: Giuffrè, 2011, pp. 151-160.
- \_\_\_\_\_. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: **O Estado de Direito: História, Teoria e Crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (Organizadores). **O Estado de Direito. História, teoria e crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- COTTU, Charles. **De la administration de la justice criminelle en Angleterre et l'esprit du gouvernement anglais**. 2ª ed., Paris: Librairie de Charles Gosselin, 1822, disponível em [www.archive.org](http://www.archive.org), acesso em 06.02.2013.
- COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Vermeulen c. Belgique. Requête nº 19075/91**. Strasbourg, 20 de fevereiro de 1996. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-62544#{\"itemid\":\[\"001-62544\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-62544#{\), acesso em 13 de setembro de 2014.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1989.
- \_\_\_\_\_. Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal. In: **Direito e Neoliberalismo. Elementos para uma Leitura Interdisciplinar**. Curitiba: EDIBEJ, 1996, pp. 39-77.
- \_\_\_\_\_. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Nº 30, Curitiba: UFPR. 1998, pp. 163-198.
- \_\_\_\_\_. Ensino do Direito na UFPR: Voto à Esperança! In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Nº 36, Curitiba: UFPR, 2001, pp. 143 e ss..
- \_\_\_\_\_. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 03-55.
- \_\_\_\_\_. A Crise da Segurança Pública no Brasil. In: **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. BONATO, Gilson (Organizador), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, pp. 181-186.
- \_\_\_\_\_. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais. In: **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. WUNDERLICH, Alexandre (Organizador), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, pp. 139-147.
- \_\_\_\_\_. O Projeto de Justiça Criminal no Novo Governo Brasileiro. In: **Processo Penal: Leituras Constitucionais**. BONATO, Gilson (Organizador). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, pp. 123-145.

- \_\_\_\_\_. O Devido Processo Legal (Penal) e o Poder Judiciário. In: **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. AVELÃS NUNES, Antonio José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Organizadores), Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2004, pp. 291-300.
- \_\_\_\_\_. Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: **Revista de Estudos Criminais**. Ano 4, nº 14, Porto Alegre: PUC/ITEC, 2004, pp. 77-94.
- \_\_\_\_\_. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização do Estado Social. In: **Direito ao Extremo: coletânea de estudos**. BRANDÃO, Claudio; ADEODATO, João Maurício (Organizadores), Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp.139-154.
- \_\_\_\_\_. O Estrangeiro do Juiz ou o Juiz é o Estrangeiro? In: **Direito e Psicanálise. Interseções a Partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, Coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, pp. 69-83.
- \_\_\_\_\_. Dogmática Crítica e Limites Linguísticos da Lei. In: **Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (Organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 225-232.
- \_\_\_\_\_. Sistema Inquisitório e o Processo em “O Mercador de Veneza”. In: **Direito e Psicanálise: Interseções a partir de “O Mercador de Veneza” de William Shakespeare**. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Organizador), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, pp. 155 e ss..
- \_\_\_\_\_. Mudar a Mentalidade. In: **Jornal Gazeta do Povo**. Curitiba, 30 de março de 2009, disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/mudar-a-mentalidade-bi5nm9pxmj3j11solok1jbri>, acesso em 16 de maio de 2015.
- \_\_\_\_\_. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, pp. 01-17.

- \_\_\_\_\_. Sistema Acusatório e Outras Questões Sobre a Reforma Global do CPP. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho (Organizadores) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. Volume 2**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, pp. 17-35.
- \_\_\_\_\_. A Absurda Relativização Absoluta de Princípios e Normas: Razoabilidade e Proporcionalidade. In: **Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Organizadores), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, pp. 191-196.
- \_\_\_\_\_. *Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto – ed anche il Giudice*. In: **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado**. LIMA, Joel Corrêa; CASARA, Rubens R. R. (Coordenadores), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2ª ed., 2ª tiragem, 2012, pp. 419-493.
- \_\_\_\_\_. **Os Sistemas Processuais Agonizam?** Conferência proferida no Seminário Direito Penal e Processo Penal: entre a Prática e a Ciência. Evento comemorativo aos 30 anos do Curso Prof. Luiz Carlos, Curitiba, 29 de novembro de 2013.
- \_\_\_\_\_. **Por que Sustentar a Democracia do Sistema Processual Brasileiro**. Inédito. Texto parcialmente apresentado em palestra proferida no Seminário de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal em Homenagem a Winfried Hassemer, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 21.03.14. Parte foi apresentada no prefácio do livro do Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral, *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*.
- \_\_\_\_\_. **Novo Código de Processo Penal, Nova Mentalidade**. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242740455174218181901.pdf>, acesso em 29 de maio de 2104.
- \_\_\_\_\_. Prefácio *Per un Tango da Ballare Tutti Insieme....*. In: AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 17-27.

- \_\_\_\_\_. A Dogmática Jurídica a Partir de uma Nova Visão da Filosofia do Direito. In: **Empório do Direito**, 22 de março de 2015. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/a-dogmatica-juridica-a-partir-de-uma-nova-visao-da-filosofia-do-direito-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>, acesso em 22 de março de 2015.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro? In: **Boletim IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo: IBCCRIM, nº 131, edição especial, outubro de 2003.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (organizadores). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.
- CRESCENZO, Luciano de. **História da Filosofia Medieval**. Tradução de Mario Fondelli, Rio de Janeiro: Rocco, 2006.
- CROMBAG, Hans F.M.. ***Adversarial or Inquisitorial. Do we have a choice?*** In *Adversarial versus inquisitorial Justice. Psychological Perspectives on Criminal Justice System*. New York, Boston, Dordrecht, London, Moscow: Plenum Publishers, 2003, pp. 21-25.
- CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.
- DADOUN, Roger. **A Violência. Ensaio Acerca do “Homo Violens”**. Tradução de Pilar Ferreira de Carvalho e Carmen de Carvalho Ferreira, Rio de Janeiro: DIFEL, 1998.
- DAMÁSIO, António R. **O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. 2ª ed., tradução de Dora Vicente e de Georgina Segurado, São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- DAMASKA, Mirjan R. ***The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process***. New Haven, London: Yale University Press, 1986.
- DAMMER, Harry R.; ALBANESE, Jay S. ***Comparative Criminal Justice Systems***. 4ª ed., Belmont, CA, EUA: Wadsworth Cengage Learning, 2011.

- DANQUAH, Adam N.; FARREL, Martin J.; O'BOYLE, Donald J.. ***Biases in the subjective timing of perceptual events: Libet et al. (1983) revisited***. Elsevier. 07 de novembro de 2007, disponível em [http://cogpsy.info/wp-content/uploads/2013/05/Danquah-et-al\\_2008\\_Biases-in-the-subjective-timing-of-perceptual-events.pdf](http://cogpsy.info/wp-content/uploads/2013/05/Danquah-et-al_2008_Biases-in-the-subjective-timing-of-perceptual-events.pdf), acesso em 11 de dezembro de 2013.
- DANZIGER, Shai; LEVAVB, Jonathan; AVNAIM-PESSOA, Liora. ***Extraneous Factors in Judicial Decisions***. Princeton, NJ: Princeton University, aprovado para publicação em 25 de fev. 2011 (recebido para análise em 08 de dez. 2010), disponível em <http://www.pnas.org/content/108/17/6889.full>, acesso em 17 de Agosto de 2014.
- DARWIN, Charles. **A Origem das Espécies**. Tradução de André Campos Mesquita, São Paulo: Larousse, 2009.
- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DAVIS, Mary Ogden. ***Metanoia. A Transformation Journey***. Marina Del Rey (California): De Vorss & Company, 1984.
- DE BONI, Luis Alberto. **Escritos Seletos de Martinho Lutero, Tomás Müntzer e João Calvino**. Tradução de Ilson Kayser, Martin N. Dreher, Helberto Michel, Arno F. Steltzer e Sabatini Lalli. Petrópolis: Vozes, 2000.
- DE DOMINICIS, M.A. *Brev. Pauli Sententiarum IV, 12, § 5 e l'Origine Romano-Cristiana del Principio "In Dubiis Pro Reo": in tema di riforma dubitativa*. In: **Archivio Penale**, XVIII, I, Roma: *Juris Domus*, 1962.
- DE GIORGI, Raffaele. **Curso "A função do Direito e do Risco na Construção do Futuro"**. Curitiba: UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito. Escola de Altos Estudos, de 22 de Maio a 12 de Julho de 2013.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico. Volume I**. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- DEL ROIO, José Luiz. **Igreja Medieval: a cristandade latina**. São Paulo: Ática, 1997.
- DELUMEAU, Jean. **O Pecado e o Medo: a Culpabilização no Ocidente**, vol. I. Tradução de Álvaro Lorencini. Bauru, SP: EDUSC, 2003.



- \_\_\_\_\_. **O Pecado e o Medo: A culpabilização no Ocidente (Séculos 13-18)**, vol. II. Tradução de Álvaro Lorencini, Bauru, SP: EDUSC, 2003.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique e MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DEPECKER, Loïc. **Compreender Saussure a Partir dos Manuscritos**. Tradução de Maria Ferreira, Petrópolis: Vozes, 2012.
- DERSHOWITZ, Alan M. *Foreword*. In: SILVERGLATE, Harvey A. **Three Felonies a Day: how the Feds target the innocent**. New York: Encounter Books, 2009.
- DESCARTES, René. O Discurso do Método. In: **Descartes: obras escolhidas**. Organizadores: J. Guinsburg, Roberto Romano e Newton Cunha. Tradução de J. Guinsburg, Bento Prado Jr., Newton Cunha e Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. A Procura da Verdade pela Luz Natural. In: **Descartes: obras escolhidas**. Organizadores: J. Guinsburg, Roberto Romano e Newton Cunha. Tradução de J. Guinsburg, Bento Prado Jr., Newton Cunha e Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2010, pp. 52 e ss..
- \_\_\_\_\_. Meditações. In: **Descartes: obras escolhidas**. Organizadores: J. Guinsburg, Roberto Romano e Newton Cunha. Tradução de J. Guinsburg, Bento Prado Jr., Newton Cunha e Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2010, pp. 151 e ss..
- \_\_\_\_\_. Regras para a Direção do Espírito. In: **Descartes: obras escolhidas**. Organizadores: J. Guinsburg, Roberto Romano e Newton Cunha. Tradução de J. Guinsburg, Bento Prado Jr., Newton Cunha e Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2010, pp. 405-487.
- \_\_\_\_\_. **Princípios da Filosofia**. 2ª ed., tradução de Ana Cotrim e de Heloisa da Graça Burati, São Paulo: Rideel, 2007.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría General de La Prueba Judicial**. Tomo Primero. 5ª ed., Bogotá: Temis, 2002.
- DEWS, Peter. A Verdade do Sujeito: linguagem, validade e transcendência em Lacan e Habermas. Tradução de André Carone. In: SAFLATLE, Vladimir (Org.) **Um Limite**

- Tenso: Lacan entre a filosofia e a psicanálise.** São Paulo: Editora Unesp, 2003, pp. 75-105.
- DEZZA, Ettore. **Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni.** Vol. 1, Milano: Giuffré, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Accusa e Inquisizione nell'Esperienza Italiana Contemporanea.* In: **Diritti Individuali e Processo Penale nell'Italia Repubblicana. Per la storia del pensiero giuridico moderno**, 93, Milano: Giuffré Editore, 2011, pp.101-116.
- DIAMOND, Jeremy. **Patriot Act provisions have expired: What happens now?** In: CNN, 01 de junho de 2015, disponível em <http://edition.cnn.com/2015/05/30/politics/what-happens-if-the-patriot-act-provisions-expire/>, acesso em 02 de junho de 2015.
- DILTHEY, Wilhelm. **A Essência da Filosofia.** Tradução de Marco Antônio Casanova, Petrópolis: Vozes, 2014.
- DINACCI, Filippo Raffaele. **Giurisdizione Penale e Giusto Processo Verso Nuovi Equilibri.** Milano: CEDAM, 2003.
- DINES, Alberto; FERNANDES JR., Florestan; SALOMÃO, Nelma. **Histórias do Poder: Militares, Igreja e Sociedade Civil. 100 anos de política no Brasil. Volume 1.** São Paulo: Editora 34, 2000.
- DOTTI, René Ariel. **Breviário Forense. Crônicas da experiência de um Advogado.** Curitiba: Juruá, 2002.
- DROIT, Roger-Pol. **Filosofia em Cinco Lições.** Tradução de Jorge Bastos, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.
- DIDIER JR., Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. In: **Ativismo Judicial e Garantismo Processual.** Coordenadores: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Jus Podium, 2013, pp. 207-217.
- DUCOS, Michèle. **Roma e o Direito.** Tradução de Silvia Sarzana, São Paulo: Madras, 2007.
- DUDLEY, Will. **Idealismo Alemão.** Tradução de Jacques A. Wainberg, Petrópolis: Vozes, 2013.

- DURSTON, Gregory. ***Crime and Justice in Early Modern England 1500-1750***. Chicester: Barry Rose Law Publishers Ltd., 2004.
- DUSSEL, Enrique. ***Ética da Libertação. Na Idade da Globalização e da Exclusão***. 2ª ed., tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth, Petrópolis: Vozes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. ***Uma Questão de Princípio***. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. ***A Justiça de Toga***. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- \_\_\_\_\_. ***El Imperio de la Justicia: De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridade política y legal como clave de la teoría y practica***. Tradução para o espanhol de Claudia Ferrari. Barcelona: Gedisa, 2012.
- \_\_\_\_\_. ***Levando os Direitos a Sério***. 3ª ed., Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- \_\_\_\_\_. ***Justiça para Ouriços***. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.
- EBERHARDT, Marcos. Reformas Processuais Penais no Âmbito da Produção Probatória. In: ***Reformas do Processo Penal***. NUCCI, Guilherme de Souza (Organizador). 2ª ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, pp. 99-134.
- ECO, Umberto. ***O Nome da Rosa***. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. 42ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.
- EDWARDS, John. ***La Inquisición***. Tradução para o espanhol de Teófilo de Lozoya, Barcelona: Crítica, 2005.
- EISMEIN, Adhemar. ***Histoire de la procédure criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siecle jusqu'a nos jours***. Paris: L. Larose et Forcel Libraires-Editeurs, 1882. Disponível em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 07.02.2011.
- EMSLEY, Clive. ***Crime and Society in England: 1750 – 1900***. 4ª ed., Harlow: Pearson Education Limited, 2010.

- ENGLUND, Steven. **Napoleão. Uma Biografia Política**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Volume 1**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1965.
- ESPOSITO, Roberto. *Immunitas. Protezione e negazione della vita*. Torino: Einaudi, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Bíos. Biopolítica e Filosofia**. Tradução de M. Freitas da Costa, Lisboa: Edições 70, 2010.
- ÉSQUILO. **Orestéia III. Eumênides**. Estudo e tradução de Jaa Torrano, São Paulo: Iluminuras FAPESP, 2004.
- EVANS, Willian David. *A collection of statutes connected with the general administration of the Law*, Vol. 6, London: Thomas Blenkarnp, 1836, p. 273, disponível em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 04.03. 2013.
- EYMERICH, Nicolau. *Directorium Inquisitorum – Manual dos Inquisidores*, escrito em 1376, traduzido por Maria José Lopes da Silva, Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.
- FALBEL, Nachman. **Heresias Medievais**. 1ª edição, reimpressão. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- FALCONE, Roberto A. *El Juicio Oral. El valor de los actos instructorios en el debate. El particular damnificado y el ejercicio de la acción penal. Correlación entre acusación y fallo. Hecho diverso*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014.
- FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro**. 4ª ed., São Paulo: Globo, 2008.
- FARIA, José Eduardo. **Direito e Economia na Democratização Brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FARINACCI, Prosperi. *Praxis et Theorica Criminalis. Partis Primae. Tomus Primus*. Sumptibus Horatij Cardon, 1613. Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=I9DOCSqU1VoC&printsec=frontcover&dq=Praxis+Et+Theoricae+Criminalis+primus&hl=pt-BR&sa=X&ei=Mj8YVJLoCKj9sASB9oLQAw&ved=0CCAQ6AEwAA#v=onepage&q=P>

raxis%20Et%20Theoricae%20Criminalis%20primus&f=false, acesso em 16 de setembro de 2014.

FAZZALARI, Elio. ***Istituzioni di Diritto Processuale. Settima Edizione***, Padova: CEDAM, 1994.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FEROLLA, Bruno. **O Ministério Público Mundial e as Máfias Internacionais**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. ***Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale***. Roma-Bari: Laterza, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer e outros, São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. ***Escritos Sobre Derecho Penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal***. Volume 2, Nicolás Guzmán Coordinador, Buenos Aires: Hammurabi, 2014.

FERRATER MORA, J. **Dicionário de Filosofia. Tomo IV**. 2ª ed., São Paulo: Edições Loyola, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1973.

\_\_\_\_\_. **O Conceito de Sistema no Direito**, São Paulo: RT, 1976.

\_\_\_\_\_. Hans Kelsen, um divisor de águas 1881-1981. In: **Revistas CCJ**. Nº 04, ano 02, dezembro de 1981, pp. 133-138, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25184-25186-1-PB.pdf>, acesso em 09 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. Por que ler Kelsen, hoje. Prólogo. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para Entender Kelsen**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. **Princípio da Proibição de Proteção Deficiente: a outra face do garantismo**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/13542/principio-da-proibicao-da-protecao-deficiente>, acesso em 03 de maio de 2014.

- FERRUA, Paolo; LAVARINI, Barbara. **Diritto Processuale Penale. Appunti per gli studenti di Psicologia**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.
- FEURBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania**. Tradução para o espanhol da 14ª ed. Alemã (Giesen, 1847), de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Narratives of Remarkable Criminal Trials**. Traduzido do alemão para o inglês por Lady Duff Gordon. New York: Harper & Brothers, Publishers, 1846. Disponível em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 14.02.2011.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**, Primeiro Volume, Coimbra: Coimbra, 1974.
- FINKELSTEIN, Michel. *A Statistical Analysis of Guilty Plea Practices in the Federal Courts*. In: **Harvard Law Review**, Harvard Law Review Association, volume 89, nº 2, 1975.
- FIORI, Ariane Trevisan. O Desafio do Novo. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, pp. 69-75.
- FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas penales**. Vol. 1. Bogotá: Temis, 1990.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: **Repensando a Teoria do Estado**. (Organizador: Ricardo Marcelo Fonseca), Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 259-281.
- FORMENT, Eudaldo. **Santo Tomás de Aquino, El oficio de sabio**, Barcelona: Ariel, 2007.
- FOSSIER, Arnaud. *Les Registres Judiciaires de l'Eveque de Pistoia (1287-1301). Esquisse d'une enquete sur les procedures ecclesiastiques dans l'Italie du due et du trecento*. In: **La Justice Dans Les Cités Épiscopales du Moyen Âge à La Fin de L'Ancien Regime**. FOURNIEL, Béatrice (organizadora), Toulouse: Presses de L'Université Toulouse 1 Capitole. Études d'Histoire du Droit et Des Idées Politiques, nº 19, 2014, pp. 57-68.

- FOUCAULT, Michel. **Os Anormais**, Tradução de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 26ª ed., tradução de Raquel Ramalhete, Petrópolis: Vozes, 2002.
- \_\_\_\_\_. **As Palavras e as Coisas**. 9ª ed., tradução de Salma Tannus Muchail, São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FRAHER, Richard M. **Tancred's Summula de Criminibus: a new text and a key to the Ordo Iudiciarius**. 9 Bulletin of Medieval Canon Law, 1979, pp. 23-35.
- FRASE, Richard S. e WEIGEND, Thomas. *German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions?* In: **Boston College International and Comparative Law Review**. Vol. 18, 317-360, 1995, disponível na íntegra na internet: [www.lawdigitalcommons.bc.edu](http://www.lawdigitalcommons.bc.edu), acesso em 14.02.2013.
- FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. II, 2ª ed., Campinas, 2000.
- FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- FREUD, Sigmund. Projeto para uma Psicologia Científica. In: **Edição Standard Brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Volume 1 Publicações Pré-psicanalíticas e Esboços Inéditos (1886-1899)**. Rio de Janeiro: Imago, 1990, pp. 212 e ss..
- \_\_\_\_\_. A Psicologia dos Processos Oníricos. In: **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 5. Interpretação dos Sonhos (II) e Sobre os Sonhos (1900-1901)**. Traduzido do alemão e do inglês sob a direção de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- \_\_\_\_\_. Três Ensaio Sobre a Teoria da Sexualidade. **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 07. Um Caso de Histeria. Três Ensaio Sobre a Teoria da Sexualidade e Outros Trabalhos. 1901-1905**, Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- \_\_\_\_\_. Observações Psicanalíticas Sobre um Caso de Paranoia (*Dementia Paranoides*) Relatado em Autobiografia ("O Caso Schreber", 1911). In: **Obras Completas, Volume 10, Observações Psicanalíticas Sobre um Caso de**

**Paranoia Relatado em Autobiografia (“O Caso Schreber”), Artigos sobre Técnica e Outros Textos.** Tradução de Paulo Cesar de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 13 e ss..

\_\_\_\_\_. A Concepção Psicanalítica da Perturbação Psicogênica da Visão. In: **Edição *Standard* Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 11. Cinco lições de psicanálise, Leonardo da Vinci e outros trabalhos (1910).** Tradução de Paulo Dias Corrêa, Rio de Janeiro: Imago, 1996.

\_\_\_\_\_. Os Instintos e seus Destinos. In: **Obras Completas, Volume 12. Introdução ao Narcisismo, Ensaios de Metapsicologia e Outros Textos (1914-1917).** Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

\_\_\_\_\_. O Inconsciente. In: **Obras Completas, Volume 12. Introdução ao Narcisismo, Ensaios de Metapsicologia e Outros Textos (1914-1916).** Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

\_\_\_\_\_. Teoria Geral das Neuroses. A Vida Sexual Humana. In: **Obras Completas, Volume 13. Conferências Introdutórias à Psicanálise (1916-1917).** Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

\_\_\_\_\_. Totem e Tabu. In: **Edição *Standard* Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 13. Totem e Tabu e outros trabalhos (1913-1914).** Tradução sob a direção de Jayme Salomão, Rio de Janeiro: Imago, 1996.

\_\_\_\_\_. A Fixação do Trauma, o Inconsciente. Conferências Introdutórias à Psicanálise. In: **Obras Completas, Volume 13. Conferências Introdutórias à Psicanálise (1916-1917).** Tradução de Sérgio Tellaroli, São Paulo: Companhia das Letras, 2014, pp. 380-381.

\_\_\_\_\_. Os Atos Falhos. In: **Obras Completas, Volume 13. Conferências Introdutórias à Psicanálise (1916-1917).** Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

\_\_\_\_\_. Além do Princípio do Prazer. In: **Obras Completas, Volume 14. História de uma Neurose Infantil (“O Homem dos Lobos”), Além do Princípio do Prazer**



**e outros textos (1917-1920).** Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

\_\_\_\_\_. O Eu e o Id (1923). In: **Obras Completas, Volume 16, O Eu e o Id, “Autobiografia” e Outros Textos.** Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

\_\_\_\_\_. Uma Dificuldade no Caminho da Psicanálise. In: **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 17. História de Uma Neurose Infantil e Outros Trabalhos (1917-1919).** Tradução inglesa de Joan Riviere. Traduzido do alemão e do inglês sob a direção de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

\_\_\_\_\_. Angústia e Instintos. In: **Obras Completas, Volume 18, O Mal Estar na Civilização, Novas Conferências Introdutórias à Psicanálise e Outros Textos (1930-1936).** Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

\_\_\_\_\_. A Dissecção da Personalidade Psíquica. In: **Obras Completas, Volume 18, O Mal Estar na Civilização, Novas Conferências Introdutórias à Psicanálise e Outros Textos (1930-1936).** Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

\_\_\_\_\_. Acerca de uma Visão de Mundo. Novas Conferências Introdutórias à Psicanálise. In: **Obras Completas, Volume 18. O Mal Estar na Civilização, Novas Conferências Introdutórias à Psicanálise e Outros Textos (1930-1936).** Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 322-323.

\_\_\_\_\_. O Ego e o Id. In: **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, O Ego, o Id e Outros Trabalhos (1923 – 1925), Volume 19.** Rio de Janeiro: Imago, 1996.

\_\_\_\_\_. O Futuro de Uma Ilusão. In: **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 21. O Futuro de uma Ilusão, O Mal Estar da Civilização e outros trabalhos (1927-1931).** Rio de Janeiro: Imago, 1996.

\_\_\_\_\_. O Mal Estar na Civilização. In: **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Volume 21. O Futuro de uma**

- Ilusão, O Mal Estar da Civilização e outros trabalhos (1927-1931).** Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Sobre a Conceção das Afasias: um estudo crítico.** Coleção Obras Incompletas de Sigmund Freud, Tradução de Emiliano de Brito Rossi, Belo Horizonte: Autêntica, 2013.
- FUMAGALLI, Giuseppe. ***Chi l'ha Detto? Tesoro di citazioni italiane e straniere, di origine letteraria e storica. Ordinate e Annotate.*** 7ª ed. Ulrico Hoepli, 1921, p. 97. Disponível em <https://archive.org/details/chilhadettotesor00fumauoft>, acesso em 17 de novembro de 2014.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** 10ª ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Verdade e Método II: complemento e índice.** 6ª ed., tradução de Ênio Paulo Giachini, Petrópolis: Vozes, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Hermenêutica da Obra de Arte.** Tradução de Marco Antonio Casanova, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- GAGNEBIN, Jeanne Maria. Nota. In: BENJAMIN, Walter. Para uma Crítica da Violência. In: **Escritos Sobre Mito e Linguagem (1915-1921).** Tradução de Suzana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 151.
- GALÁN, Juan Eslava. ***Historia de España contada para Escépticos.*** 4ª ed., Barcelona: Editorial Planeta, 2004.
- GALIN, Ross. *Above The Law: The Prosecutor's Duty to Seek Justice and The Performance of Substantial Assistance Agreements.* In: **Fordham Law Review**, New York, vol. 68, nº 4, p. 1245-1284, 2000, disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3627&context=flr>, acesso em 13 de abril de 2014.
- GALLO, Max. **Os Cristãos: O Batismo do Rei.** Vol. II. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Revolução Francesa. Vol. 2. Às armas, cidadãos (1793-1799).** Tradução de Julia da Rosa Simões, Porto Alegre: L&PM, 2009.

- GAMBOA, Agustín; BERDULLAS, Carlos Romero. **Proceso Constitucional Acusatorio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014.
- GANDINI, Luigi Alberto. **Alberto Da Gandino. Giureconsulto Del Secolo XIII**, Modena: Società Tipografica, 1885, republicada em forma de *fac-simile* por Kessinger Publishing's, 2010.
- GANDINO, Alberti da, *et alii*. **Tractatus Diversi. Super Maleficiis**. Veneza, 1560, p. 04, Disponível em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 22.10.2010.
- GANDINUS, Albertus. **Strafrecht der Scholastik**. Von KANTOROWICZ, Hermann U., Berlin: J. Guttentag, 1907.
- GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. **Palavra e Verdade na Filosofia Antiga e na Psicanálise**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Freud e o Inconsciente**. 24ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.
- GAROFOLI, Vincenzo. **Diritto Processuale Penale. Seconta Edizione**. Milano: Giuffrè, 2002.
- GAY, Peter. **Freud: Uma Vida para o Nosso Tempo**. Tradução de Denise Bottmann, São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- GESU, Cristina di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- GIACOIA JR., Oswaldo. **Heidegger Urgente: introdução a um novo pensar**. São Paulo: Três Estrelas, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Nietzsche X Kant: uma disputa permanente a respeito da liberdade, autonomia e dever**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra; São Paulo: Casa do Saber, 2012.
- GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do Juiz Criminal Frente à Constituição: Deveres e Limites em Face do Princípio Acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 209-230.
- \_\_\_\_\_. **O Devido Processo Penal. Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF**. São Paulo: Atlas, 2014.

- GIBBON, Edward. **Declínio e Queda do Império Romano**. Tradução de José Paulo Paes. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- GIL, Fernando. **Provas**. Estudos Gerais. Série Universitária. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1985.
- \_\_\_\_\_. Reflexões Sobre a Prova, Verdade e Tempo. In: CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.
- GILBERT, Daniel T.. *How Mental Systems Believe*. In: **American Psychologist**. Vol. 46, nº 02, University of Texas Austin, Fevereiro de 1991, pp. 107-119, disponível em [http://www.wjh.harvard.edu/~dtg/Gilbert%20\(How%20Mental%20Systems%20Believe\).PDF](http://www.wjh.harvard.edu/~dtg/Gilbert%20(How%20Mental%20Systems%20Believe).PDF), acesso em 17 de agosto de 2014.
- GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 4ª ed., tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- GIORDANI, Mario Curtis. **Direito Penal Romano**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- GODINHO, Robson Renault. A Autonomia das Partes e os Poderes do Juiz: entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. In: **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Jus Podium, 2013, pp. 567-606.
- GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal: conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1935.
- \_\_\_\_\_. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Editorial Labor, 1936.
- GOLDSTEIN, Abraham S. *Reflection on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure*. In: **Stanford Law Review**, Vol. 26, nº 05, maio de 1974, pp. 1009-1025, disponível na íntegra na internet: [www.jstor.org](http://www.jstor.org). acesso em 15.02.2013.
- GOMES, Gilberto. *The Timing of Conscious Experience: A Critical Review and Reinterpretation of Libet's Research*, In: **Consciousness and Cognition**, nº 7, 1998, pp. 559–595, disponível em [http://www.allpsych.uni-giessen.de/thomas/teaching/literatur\\_bw/gomes-1998.pdf](http://www.allpsych.uni-giessen.de/thomas/teaching/literatur_bw/gomes-1998.pdf), acesso em 13 de dezembro de 2013.

- \_\_\_\_\_. Os Dois Conceitos Freudianos de “Trieb”. In: **Psicologia: Teoria e Pesquisa**. Volume 17, nº 03, setembro/dezembro de 2001, pp. 249-255.
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Proibição de Proteção Deficiente**. Disponível em [http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=2009120712405123](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009120712405123), acesso em 03 de maio de 2014.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal** São Paulo: RT, 1997.
- \_\_\_\_\_. Provas – Lei 11.960, de 09.06.2008. In: ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (Coordenadora). **As Reformas no Processo Penal. As Novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. São Paulo: RT, 2008, pp. 246-297.
- \_\_\_\_\_. **A Motivação das Decisões Penais**. 2ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Prólogo. In: **Prueba y Proceso Penal. Análises especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado**. (Coordenador). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 10.
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; LEIBAR, Iñaki Esparza; GARGALLO, Andrea Planchadell; CEBADERA, María-Ángeles Pérez; MONTOLIÚ, Ana Beltrán. *La Prueba*. In: **Introducción al Proceso Penal Federal de Los Estados Unidos de Norteamérica**. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. **Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tomo I**. Barcelona: Bosch, 1951.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. **Derecho Procesal. Vol II. Derecho procesal penal**. Madrid: EGESA, 1997.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GÖSSEL, Karl Heinz. **El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho, Tomo I**, Santa Fe: Rubinza-Culzoni, 2007.
- GRAHAN, David. **Inside the Mind of George Bernard Shaw**. Los Gatos, CA: David Graham/Smashword, 2014.
- GREGORIO IX. **Decretalium compilatio**. 1234. Disponível em <http://www.intratext.com/IXT/LAT0833/>, acesso em 21 de novembro de 2014.

- GREVI, Vittorio. ***Alla Ricerca di um Processo Penale “Giusto”. Itinerari e Prospettive***. Milano: Giuffrè, 2000.
- GREY, Ford Lord. ***The Secret History of the Rye-House Plot: and of Monmouth's Rebellion***, London: Andrew Millar, 1754, disponível em <http://books.google.com.br/books?id=FQ9cAAAAQAAJ&printsec=frontcover&dq=Rye+House+Plot&hl=pt-BR&sa=X&ei=PIVVUWJHqbJsQT5sILoAg&ved=0CEEQ6AEwAg#v=onepage&q=Rye%20House%20Plot&f=false> acesso em 21 de abril de 2014.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. ***Liberdades Públicas e Processo Penal. As Interceptações Telefônicas***. São Paulo: Saraiva, 1976.
- \_\_\_\_\_. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. In: ***Revista Brasileira de Ciências Criminais***, ano 07, nº 27, julho-setembro de 1999, pp. 71-79.
- GRONDIN, Jean (Organizador). ***O Pensamento de Gadamer***. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Paulus, 2012.
- GROSSI, Paolo. ***O Direito entre Poder e Ordenamento***. Tradução do italiano de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GUARNIERI, Carlo. ***Pubblico Ministero e Sistema Politico***, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1984.
- GUICHARD, Victor e DUBOCHET, J.J.. ***Manuel du Juré ou Exposition des Principes de La Législation Criminelle dans ses Rapports Avec les Fonctions de Juré***. Paris: A. Sautet et Compagnie, Libraires, 1827, p. 318, disponível em <[www.books.google.com](http://www.books.google.com)>, acesso em: 13 de dezembro de 2011.
- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. A Intervenção Penal para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais: linhas de acerto e desacerto da experiência brasileira. In: ***Revista dos Tribunais***, vol. 797, março de 2002.
- GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Ensaio em busca dos sistemas processuais penais. In: ***Revista Ibero-Americana de Ciências Penais***, Ano 10, nº 18, Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2010, pp. 235-271.

- GÜNTHER, Gotthard. ***Cybernetic Ontology and Transjunctional Operations***. Disponível em [http://www.vordenker.de/ggphilosophy/gg\\_cyb\\_ontology.pdf](http://www.vordenker.de/ggphilosophy/gg_cyb_ontology.pdf), fevereiro de 2004, p. 58, publicado originariamente In: *Self-Organizing System*. (YOVITS, M. C.; JACOBI, G. T.; GOLDSTEIN, G. D., organizadores), Washington D. C., Spartan Books, 1962, 313-392, acesso em 20 de fevereiro de 2015.
- GUZMÁN, Leandro. ***Derecho a una Sentencia Motivada. Integración del debido proceso legal y la tutela judicial efectiva***. 1ª reimpresión, Buenos Aires-Bogotá: Astrea, 2014.
- GUZMÁN, Nicolás. ***La Verdad en el proceso penal. Una Contribución a la Epistemología Jurídica***. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. ***O Futuro da Natureza Humana***. Tradução de Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- \_\_\_\_\_. ***Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso***. 4ª ed., tradução para o espanhol de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- \_\_\_\_\_. ***Teoria do Agir Comunicativo. Sobre a Crítica da Razão Funcionalista. Volume 2***. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- \_\_\_\_\_. ***Pensamento Pós-Metafísico***. Tradução de Lumir Nahodil. Coimbra: Almedina, 2004.
- \_\_\_\_\_. ***Verdade e Justificação: ensaios filosóficos***. 2ª ed., tradução de Milton Camargo Mota, São Paulo: Edições Loyola, 2009.
- \_\_\_\_\_. ***Conhecimento e Interesse***. Tradução de José N. Heck, Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- HAGGARD, Patrick; EIMER, Martin. *On the relation between brain potentials and the awareness of voluntary movements*. In: ***Exp Brain Res***, nº 126, 1999, pp. 128–133, disponível em <http://brainb.psyc.bbk.ac.uk/PubMartin/..%5CPDF%5CLIBET.PDF>, acesso em 13 de dezembro de 2013.
- HALE, Sir Mathew. ***Historia Placitorum Coronae. History of the Pleas of the Crown***. Volume II. Philadelphia: Robert H. Small, 1847, p. 288. Tradução nossa. No original, em inglês: *it is better five guilty persons should escape unpunished, than one*

- innocent person should die.* Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=gB4eAAAAMAAJ&printsec=frontcover&dq=History+of+the+pleas+of+the+crown&hl=pt-BR&sa=X&ei=QWcHVlfoA83FggTvqICwDQ&ved=0CCgQ6AEwAQ#v=snippet&q=in%20some%20cases%20presumptive&f=false>, acesso em 03 de setembro de 2014.
- HARRIGER, Katy J. ***The Special Prosecutor in American Politics***. Kansas: University Press of Kansas, 2000.
- HART, H. L. A.. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HART, H. L. A. ***The Concept of Law***. Third Edition. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- HARTMANN, Helen. Alguns Apontamentos Sobre o Projeto de Lei 156/2009 e o Interrogatório do Acusado. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, pp. 77-89.
- HASSEMER, Winfried. Processo Penal e Direitos Fundamentais. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Organizadas pela Faculdade de Direito de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut. Coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 15-25.
- HAUGHT, James A. **Perseguições Religiosas**. Tradução de Bete Torii, Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.
- HEATH, James. ***Torture and English Law: an administrative and legal history from plantagenets to the stuart***. London: Greenwood Press, 1982.
- HEGEL, Georg W. F.. Crítica Moderna. In: **Os Pré-Socráticos. Coleção Os Pensadores, vol. 1**. Tradução de Ernildo Stein, São Paulo: Victor Civita, 1973.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 2ª ed., tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis: Vozes, 2007.
- \_\_\_\_\_. Logos (Heráclito, fragmento 50). In: **Ensaio e Conferências**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão, Gilvam Fogel e Márcia de Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis: Vozes, 2002, pp. 183 e ss..



- \_\_\_\_\_. **Carta Sobre o Humanismo**. 2ª ed., tradução de Rubens Eduardo Frias, São Paulo: Centauro Editora, 2010.
- \_\_\_\_\_. **A Época das Imagens de Mundo**. Tradução de Cláudia Drucker, pp. 08 e ss., disponível em [www.ghiraldelli.pro.br](http://www.ghiraldelli.pro.br), acesso em 15 de janeiro de 2015.
- \_\_\_\_\_. **Ontologia (Hermenêutica da Faticidade)**. 2ª ed., tradução de Renato Kirchner, Petrópolis: Vozes, 2013.
- HEIDEGGER, Martin; BOSS, Medard. **Seminários de Zollikon. Editados por Medard Boss**. Tradução de Gabriela Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado, Petrópolis: Vozes, 2001.
- HÉLIE, Faustin. **Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code d'Instruction Criminelle. Première partie. Histoire et théorie de la procédure criminelle**. Paris: Charles Hingray Libraire-Editeur, 1845. Disponível em [www.archiev.org](http://www.archiev.org), acesso em 07.02.2011.
- HELMHOLZ, R. H.. *The privilegie and the lus Commune: the middle ages to the seventeenth century*. In: **The Privilege Against Self-Incrimination. Its Origins and Development**. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.
- \_\_\_\_\_. **The Spirit of Classical Canon Law**. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 2010.
- HERÁCLITO. Fragmentos. In: COSTA, Alexandre. **Heráclito: fragmentos contextualizados. Tradução, apresentação e comentários por Alexandre Costa**. Rio de Janeiro: Difel, 2002.
- HERÓDOTO. História. Livro II, LIII. In: **Clássicos Jackson, Volume XXIII. Heródoto. História. 1º Volume**. Tradução de J. Brito Broca, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre: W.M. Jackson Inc., 1964.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

- HILLGARTH, J.N. **Cristianismo e Paganismo, 350-750, A Conversão da Europa Ocidental**. Tradução de Fábio Assunção Lombardi Rezende. São Paulo: Madras, 2004.
- HINDLEY, Geoffrey. ***A Brief History of The Magna Charta: the story of the origins of liberty***. Philadelphia: Running Press Book Publishers, 2008.
- HOBBSAWM, Eric J. O Presente como História: escrever a história de seu próprio tempo. Tradução de Heloísa Buarque de Almeida. In: **Novos Estudos**. São Paulo: CEBRAP, nº 43, novembro de 1995, p. 103-112.
- HOGUE, Arthur R. ***Origins of The Common Law***. Indianapolis: Liberty Fund, 1966.
- HOLLAND, Tom. **Rubricão. O Triunfo e a Tragédia da República Romana**. Tradução de Maria Alice Máximo, Rio de Janeiro: Record, 2006.
- HOMZA, Lu Ann. ***The Spanish Inquisition. 1478-1614. An Anthology of Sources***. Indianapolis e Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2006.
- HOSTETTLER, John. ***Fighting for Justice: The History and Origins of Adversarial Trial***. Winchester: Waterside Press, 2006.
- HUIZINGA, Johan. ***Homo Ludens. O Jogo como Elemento da Cultura***. Tradução para o português de João Paulo Monteiro. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- HUMBOLDT, Wilhelm von. Sobre a Diferença de Estrutura das Línguas Humanas. In: MARCONDES, Danilo. **Textos Básicos de Linguagem. De Platão a Foucault**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2009.
- HUME, David. **Ensaio Sobre o Entendimento Humano**. Tradução de Anoar Aiex, créditos da digitalização: membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia) Homepage do grupo: <http://br.egroups.com/group/acropolis/>, disponível em [http://www.livrosgratis.com.br/arquivos\\_livros/cv000027.pdf](http://www.livrosgratis.com.br/arquivos_livros/cv000027.pdf), acesso em 16 de junho de 2014.
- \_\_\_\_\_. **Tratado da Natureza Humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. 2ª ed., tradução de Débora Danowski, São Paulo: UNESP, 2009.
- ILLUMINATI, Giulio. *El Sistema Acusatorio en Italia*. In: **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Lorena Bachmaier Winter (coordenação), Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, pp. 135-160.

- Institutas do Imperador Justiniano: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado pela ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d. C..** Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo: RT, 2000.
- IRTI, Natalino. **Diritto Senza Verità**. Roma-Bari: Laterza, 2011.
- ISHIDA, Valter Kenji. **Processo Penal**, São Paulo: Atlas, 2009.
- ITÁLIA. **Camera dei deputati. Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo código di procedura penale – Legge 16 febbraio 1987, nº 81**, texto disponível em: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1987-02-16;81#nav>, acesso em 14/03/2013.
- \_\_\_\_\_. **Codice di Procedura Penale e Leggi Usuali**. Milano: Ulrico Hoepli Editore, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Costituzione della Repubblica Italiana*. In: **Codice di Procedura Penale e Leggi Usuali**. Milano: Ulrico Hoepli Editore, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Corte Costituzionale della Repubblica Italiana. Sentenza 111/1993**. Disponível em [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), acesso em 22/05/2012.
- IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 2ª ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Memórias*. In: **Estudos Avançados**. Volume 3, nº 06, São Paulo, maio/agosto de 1989. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141989000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141989000200006), acesso em 19 de agosto de 2014.
- IZQUIERDO, Iván; BEVILAQUA, Lia R. M.; CAMMAROTA, Martín. *A Arte de Esquecer*. In: **Estudos Avançados**. Vol. 20, nº 58, 2006, p. 289. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v20n58/22.pdf>, acesso em 19 de agosto de 2014.
- JACKSON, John D. *The Effect of Human Rights on Criminal Evidenciary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment?* In: **The Modern Law Review Limited**, Oxford, UK, Blackwell Publishing, 2005, pp. 737-764.
- JACOBS, Ann. *Petit Tour du Monde du Contradictoire*. In: **Le Contradictoire dans le Procès Pénal. Nouvelles Perspectives. Actes du colloque organisé le 8 décembre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles de Grenoble**. RIBEYRE, Cédric (Direction). Paris: Cujas, 2012, pp. 25-38.

- JAKOBS, Günter. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari; colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: RT, 2003.
- JAPIASSU, Hilton. **Galileu: o Mártir da Ciência Moderna**, São Paulo: Letras & Letras, 2003.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- JAUCHEN, Eduardo M. **El Juicio Oral en el Proceso Penal**. Santa Fe, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Estrategias de Litigación Penal Oral (Sistema acusatório adversarial. Teoría y práctica)**. Santa Fe, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.
- JHERING, Rudolph Von. **É o Direito uma Ciência?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Rideel, 2005.
- \_\_\_\_\_. **A Luta pelo Direito**. Tradução de João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- \_\_\_\_\_. **El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de su Desarrollo**. Tradução para o espanhol de Enrique Príncipe y Satorres, Granada: Editorial Comares, 2011.
- JORNAL O GLOBO. Justiça expede mandado coletivo e polícia pode fazer buscas em todas as casas do Parque União e da Nova Holanda. **Edição do dia 29 de março de 2014**, disponível em <http://extra.globo.com/casos-de-policia/justica-expede-mandado-coletivo-policia-pode-fazer-buscas-em-todas-as-casas-do-parque-uniao-da-nova-holanda-12026896.html#ixzz2zdpkquU5>, acesso em 22 de abril de 2014.
- JUNG, Carl-Gustav. **A Prática da Psicoterapia. Obra Completa. Volume 16/1**. 15ª ed., tradução de Maria Luiza Appy, Petrópolis: Vozes, 2012.
- KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio de Arantes Leite, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KAMEN, Henry. **The Spanish Inquisition. A Historical Revision**. New Haven, London: Yale University Press, 1997.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2006.

- \_\_\_\_\_. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Valério Rohden, Coleção Os Pensadores. São Paulo: Ed. Abril, 1974.
- \_\_\_\_\_. **Prolegômenos**. Tradução de Tânia Maria Bernkopf. Coleção Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- \_\_\_\_\_. **Manual dos Cursos de Lógica Geral**. Tradução de Fausto Castilho, 2 ed., Campinas, SP: Editora da Unicamp; Uberlândia: Edufu, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita**. Org. Ricardo R. Terra. Tradução de Rodrigo Naves e Ricardo R. Terra. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- KELLY, John M. **Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael, São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed., 2ª tiragem. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- KENYON, John. **The Popish Plot**. London, Phoenix Press, 2000.
- KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.
- KOPPEN, Peter J. Van e PENROD, Steven D.. **Adversarial or Inquisitorial: Comparing Systems**. In *Adversarial versus inquisitorial Justice. Psychological Perspectives on Criminal Justice System*. New York, Boston, Dordrecht, London, Moscow: Plenum Publishers, 2003, pp. 01-19.
- KOSTORIS, Roberto E. *Modello Accusatorio, Cultura Inquisitoria, Scenari Europei, Tra Presente e Futuro del Processo Penale*. In: **Diritti Individuali e Processo Penale nell'Italia Repubblicana**. Per la storia del pensiero giuridico moderno, nº 93, Milano: Giuffré Editore, 2011.
- KRAMER, Heinrich e SPRENGER, James. **Malleus Maleficarum – O Martelo das Feiticeiras**, 16ª ed., tradução de Paulo Fróes, Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2002.
- KRAUSS, Rebecca. *The Theory of Prosecutorial Discretion in Federal Law: Origins and Developments*. In: **Seton Hall Circuit Review**, South Orange, v. 6, nº 1, pp. 1-28, 2012, pp.16-17, disponível em

[http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=circuit\\_review](http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=circuit_review), acesso em 11 de abril de 2014.

- KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- KURY, Mário da Gama. **Dicionário de Mitologia Grega e Romana**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- LACAN, Jacques. A verdade surge da equivocação. In: **Seminário 1. Os Escritos Técnicos de Freud**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.
- \_\_\_\_\_. As Três Formas da Falta do Objeto. In: **O Seminário. Livro 4. A Relação de Objeto**. Tradução de Dulce Duque Estrada, Rio de Janeiro: Zahar, 1995.
- \_\_\_\_\_. O Problema da Sublimação. In: **O Seminário. Livro 7. A Ética da Psicanálise**. Tradução de Antônio Quinet, Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- \_\_\_\_\_. Introdução da Coisa. In: **O Seminário. Livro 7. A Ética da Psicanálise**. Tradução de Antônio Quinet, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, pp. 57 e ss..
- \_\_\_\_\_. Revisão do Status do Objeto. Ele não é sem tê-lo. In: **O Seminário. Livro 10. A Angústia**. Tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Zahar, 2005, pp. 97 e ss.
- \_\_\_\_\_. Do Olhar Como Objeto a Minúsculo. In: **O Seminário. Livro 11. Os Quatro Conceitos Fundamentais da Psicanálise**. Tradução de M. D. Magno, Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- \_\_\_\_\_. Do Sujeito da Certeza. In: **O Seminário. Livro 11. Os Quatro Conceitos Fundamentais da Psicanálise**. Tradução de M. D. Magno, Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- \_\_\_\_\_. O Inconsciente e a Repetição. In: **O Seminário. Livro 11. Os quatro conceitos fundamentais da psicanálise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- \_\_\_\_\_. A Instância da Letra no Inconsciente ou a Razão desde Freud. In: **Escritos**. Tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- \_\_\_\_\_. De um Desígnio. In: **Escritos**. Tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- LAFONT HURTADO, Cristina. **Lenguaje y Apertura del Mundo. El Giro Lingüístico de la Hermenéutica de Heidegger**. Versão espanhola de Pere Fabra i Abat, Madrid: Alianza Editorial, 1997.

- LAGIER, Daniel González. *La Tercera humillación? (sobre neurociência, filosofía y libre albedrío)*. In: **Neurociencia y proceso judicial**. TARUFFO, Michele e NIEVA FENOLL, Jordi (coordenadores), Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 27.
- LANDSMAN, Stephan. *The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*. In: **Cornell Law Review**, 75, 1989-1990.
- LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. **History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions**. Austin: Aspen Publishers, 2009.
- LANGBEIN, John H. *The Origins of Public Prosecution at Common Law*. In: **Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series**. Paper 539, 1973, pp. 313-335, disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/539](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/539), acesso em 20.02. 2013.
- \_\_\_\_\_. **Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancient Régime**. Chicago: University of Chicago Press, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Torture and Plea Bargaining*. In: **The University of Chicago Law Review**, vol. 46, nº 01, 1978, pp. 3-22, disponível em [http://www.judicialstudies.unr.edu/JS\\_Summer09/JSP\\_Week\\_4/JS710Wk4.LangbeinTorandPleaBargtxt.pdf](http://www.judicialstudies.unr.edu/JS_Summer09/JSP_Week_4/JS710Wk4.LangbeinTorandPleaBargtxt.pdf), acesso em 21 de abril de 2014.
- \_\_\_\_\_. **The origins of adversarial criminal trial**. New York: Oxford University Press Inc., 2005.
- \_\_\_\_\_. *The Criminal Trial before the Lawyers*. In: **The University of Chicago Law Review**. Vol. 45, number 2, winter 1978, pp. 263-316.
- \_\_\_\_\_. **Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France**. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange. Ltd., 2005.
- LANGER, Máximo. *La Dicotomia Acusatorio-Inquisitivo y la Importación de Mecanismos Procesales de la Tradición Jurídica Anglosajona. Algunas Reflexiones a Partir del Procedimiento Abreviado*. In: **El Procedimiento Abreviado**. MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps), 1ª edición e 1ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2005, pp. 97-133.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed., tradução de José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

- LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica**. Tradução do inglês para o espanhol de Carmen Vázquez e Edgar Aguilera, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- LAVEAGA, Gerardo. **O Sonho de Inocência**. Tradução para o português de Sandra Martha Dalinecy, São Paulo: Planeta, 2007.
- LE GOFF, Jacques. **A Civilização do Ocidente Medieval**. Tradução de José Rivair de Macedo. Bauru: Edusc, 2005.
- \_\_\_\_\_. **As Raízes Medievais da Europa**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis, R.J.: Vozes, 2007.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- LEÃO, Emmanuel Carneiro. Posfácio. In: HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Ob. cit., p. 550.
- LEBRUN, Gérard. **Sobre Kant**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques, Maria Regina Avelar Coelho da Rocha e Rubens Rodrigues Torres Filho, São Paulo: Iluminuras, 2012.
- LEME FILHO, Trajano. **Os 50 Maiores Erros da Humanidade**. Rio de Janeiro: Axcel Books do Brasil, 2004.
- LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I**, tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJE, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II**. Buenos Aires: EJE, 1963.
- LESSONA, Carlo; LESSONA, Silvio. **Trattato delle Prove in Materia Civile**. Vol. 5, 3ª ed., Firenze: Fratelli Cammelli, 1924.
- LÉTOCART, Aurélien. *Les Procédures Accusatoires et le Role du Juge d'Instruction*. In: **Les Procédures Accusatoires**. Sous la direction de Mikäel Benilouche. Rennes: Ceprisca, 2012, pp. 69-81.
- LEWIS, Brenda Ralph. **A Dark History: The Kings & Queens of England. 1066 to the presente day**. New York: Metro Books, 2005.
- LEVACK, Brian P. **A Caça às Bruxas na Europa Moderna**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1988.



- LIBET, Benjamin, ALBERTS, W. W., WRIGHT, E. W., JR., DELATTRE, L. D., LEVIN, G. and FEINSTEIN, B.. *Production of threshold levels of conscious sensation by electrical stimulation of human somatosensory cortex*. In: **Journal of Neurophysiology**, nº 27, julho de 1964, pp. 546-578.
- LIBET, Benjamin; WRIGHT, Elwood. W.; FEINSTEIN, Bertram e PEARL, Dennis K...*Subjective Referral of the Timing for a Conscious Sensory Experience: a functional role for the somatosensory specific projection system in man*. In: **Brain**, nº 102, 1979, pp. 193-224, disponível em <http://web.gc.cuny.edu/cogsci/private/Libet-et-al-sv-referral-Brain.pdf>, acesso em 12 de dezembro de 2013.
- LIBET, Benjamin; GLEASON, Curtis A.; WRIGHT, Elwood. W.; e PEARL, Dennis K... *Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). The unconscious initiation of a freely voluntary act*. In: **Brain**, nº 106, Setembro de 1983, pp. 623-642, disponível em <http://web.gc.cuny.edu/cogsci/private/libet-et-al-1983.pdf> , acesso em 11 de dezembro de 2013.
- LIBET, Benjamin; FEINSTEIN, Bertram. *Responses of human somatosensory cortex to stimuli below threshold for conscious sensation*. In: **Science**, nº 158, 1967, pp. 1597-1600.
- LIBET, Benjamin. *Cortical and thalamic activation in conscious sensory experience*. In: *Neurophysiology Studied in Man*. In: **Excerpta Medica**, Amsterdam: Edited by G. G. Somjen, 1972, pp. 157- 168.
- \_\_\_\_\_. *Electrical stimulation of cortex in human subjects and conscious sensory aspects*. In: **Handbook of Sensory Physiology**, Vol. 2, Heidelberg: Springer-Verlag, Vol. 2, 1973, pp. 743-790.
- \_\_\_\_\_. *Neuronal vs. subjective timing, for a conscious sensory experience*. In: **Cerebral Correlates of Conscious Experience**. Amsterdam: Elsevier, 1978, pp. 69-82.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

- LIND, E. Allan. TYLER, Tom R.. ***The Social Psychology of Procedural Justice***. New York: Plenum Press, 1988. Disponível em [www.books.google.com.br](http://www.books.google.com.br), acesso em 10.02.2011.
- LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão. Tomo I**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira, Campinas: Russell Editores, 2003.
- LOBATO, Monteiro. **O Minotauro**. 27ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1996.
- LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Coleção Os Pensadores. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- LUKASIEWICZ, Jan. ***Aristotle's Syllogistic from the Standpoint of Modern Formal Logic***. Oxford: Clarendon Press, 1951, p. 01, disponível em <http://www.questia.com/read/54588614/aristotle-s-syllogistic-from-the-standpoint-of-modern>, acesso em 04 de janeiro de 2013.
- \_\_\_\_\_. **Draft A do Ensaio Sobre o Entendimento Humano**. Tradução de Pedro Paulo Pimento, São Paulo: UNESP, 2013.
- LOON, Hendrik Willem Van. **A História da Humanidade**, tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. (Re) Pensando os Sistemas Processuais em Democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. In: **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal – IBRASP**. Ano 03, nº 05, 2013/02, pp. 34-36.
- \_\_\_\_\_. Juízes Inquisidores? E Paranoicos. Uma Crítica à Prevenção a Partir da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: **Revista de Estudos Criminais**, nº 10, ano 3, Porto Alegre: Notadez/PUCRS/ITEC, 2003, pp. 121-126.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. In: Consultor Jurídico - CONJUR, 11 de julho de 2014, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>, acesso em 10 de novembro de 2014.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

- LOPES JR., Aury; GESU, Cristina Carla di. Prova Penal e Falsas Memórias: em busca da redução de danos. In: **Boletim IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo: IBCCRIM, ano 15, nº 175, pp. 14-16, jun. 2007.
- LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito. Volume 1. Das Origens à Escola Histórica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli, São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Sistema e Estrutura no Direito. Volume 2. O Século XX**. Tradução de Luca Lamberti, São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general**. Tradução para o espanhol de Silvia Pappe e Brunhilde Erker, Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Teoría de la sociedad**. Tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, Guadalajara, México, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Organización y decision. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Tradução para o espanhol de Dario Rodriguez Mansilla, Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana,
- \_\_\_\_\_. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução do alemão para o espanhol de Javier Torres Nafarrete, Cidade do México: Herder, Universidad Iberoamericana, 2006.
- LUIZI, Luis. Tibério Deciani e o Sistema Penal. In: **Revista Direito e Democracia**. Canoas: Ulbra, 2000.
- LYNCH, Gerard. *Panel Discussion: The expanding prosecutorial role from trial counsel to investigator and administrator*. In: **Fordham Urban Law Journal**, New York, vol. 66, nº 3, pp. 679-704, 1998, disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1744&context=ulj>, acesso em 13 de abril de 2014.
- \_\_\_\_\_. *Our Administrative System of Criminal Justice*. In: **Fordham Law Review**, New York, v. 66, nº 6, pp. 2117-2151, 1998, disponível em

<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3485&context=flr>, acesso em 13 de abril de 2014.

LYRA FILHO, Roberto. **O Que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. 17ª Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2008.

MAFFEI, Elena. ***Dal reato alla sentenza: il processo criminale in età comunale***. Roma: Edizioni di Storia e Letteratura, 2005.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Curso de Direito Processual Penal**. 28ª ed., atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, São Paulo: Saraiva, 2002.

MAGEE, Bryan. **História da Filosofia**. Tradução de Ana Maria Pinto da Silva. Singapura: Livraria Civilização Editora, 1999.

*Magna Carta*. In: ***The British Library***, disponível em <http://www.bl.uk/collections/treasures/magnatranslation.html>, acesso em 28.01.04.

MAIER, Julio B. J. ***Derecho Procesal Penal Argentino, 1b***. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

\_\_\_\_\_. ***Derecho Procesal Penal – Tomo I – Fundamentos***. 2ª ed. 3ª reimpressão, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MAITLAND, S.R., ***Facts and Documents Illustrative of the History, Doctrine, and Rites of the Ancient Albigenses & Waldenses***, London: 1832, disponível em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 05.10.2010.

MAITLAND, Frederick William. ***Equity: a course of lectures***. 2ª ed., New York: Cambridge University Press, 1936, reimpresso em 1969 e 2011.

MAITLAND, Frederic William. MONTAGUE, Francis C. ***A Sketch of English Legal History***. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 1998. Publicado originalmente em New York, London: G.P. Putnam's Sons, 1915.

MALAFAIA, Joaquim. A Linguagem no Depoimento das Testemunhas e a Livre Apreciação da Prova em Processo Penal. In: ***Revista Portuguesa de Ciência Criminal***, Ano 20, nº 4, outubro-dezembro de 2010, pp. 555-578.

MANCHESTER, Willian. **Fogo sobre a Terra: a mentalidade medieval e o Renascimento**. Tradução de Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

- MANES, Vittorio. As Garantias Fundamentais em Matéria Penal, Entre a Constituição e a Convenção Europeia de Direitos do Homem. Tradução de Renata Jardim da Cunha Rieger e Filipe de Mattos Dall’Agnol. In: **Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências**. (Flávio Roberto D’Avila, Organizador), Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, pp. 82-118.
- MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I**, Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín, Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III**, Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín, Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 1996.
- MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia. Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein**. 14ª reimpressão, Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- MARÍAS, Julián. **História da Filosofia**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- MARICONDE, Alfredo Velez. **Derecho Procesal Penal**, Tomo I, Cordoba, Argentina: Marcos Lerner Editora, 3ª ed. 2ª reimpressão, 1986.
- MARIOTTI, Humberto. Prefácio. In: MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin, São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 13.
- MARKOVITS, Inga. *Playing the Opposites Game: On Mirjan Damaska’s ‘The Face of Justice and State Authority’*. In: **Stanford Law Review**, vol. 41, nº 5, 1989, pp. 1313-1341.
- MARQUES DA SILVA, Germano. **Curso de Processo Penal. Volume I**. 2ª ed., Lisboa: Editorial Verbo, 1994.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sobre a (im)possibilidade de uma ética neoliberal. In: **Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller**. Martonio Mont’Alverne; Barreto Lima; Paulo Antonio Menezes Albuquerque (Organizadores), Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, pp. 41-56, p. 47.

- \_\_\_\_\_. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. In: **Revista Anamatra**. São Paulo: Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, nº 21, 1994, p. 50.
- \_\_\_\_\_. Hobbes e as Paixões. In: **Empório do Direito**. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/hobbes-e-as-paixoes-por-agostinho-ramalho-marques-neto/>, acesso em 06 de junho de 2015.
- MARRAFON, Marco Aurélio. **O Caráter Complexo da Decisão em Matéria Constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.
- \_\_\_\_\_. O Juiz de Garantias e a Compreensão do Processo à Luz da Constituição: perspectivas desde a virada hermenêutica no direito brasileiro. In: **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, pp.145-157.
- MARSH, A. H.. ***History of the Court of Chancery and the Rise and Development of the Doctrines of Equity***. Toronto: Carswell & Co., Publishers, 1890.
- MARSHALL, John. *Case of Jonathan Robbins*. In: ***History of Congress: 10 annals of Congress***, Philadelphia, v. 6, nº 1, pp. 541-621, março de 1800.
- MARTIN-CHENUT, Kathia. A Valorização das Obrigações Positivas de Natureza Penal na Jurisprudência da CIDH: o exemplo das graves violações de direitos humanos cometidas durante as ditaduras dos países do Cone Sul. Tradução de Priscila Akemi Beltrame. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 103, julho de 2013, pp. 97 e ss.
- MARTINHO, José. A “Intersecção Direito-Psicanálise”. In: **Afreudite – Revista Lusófona de Psicanálise Pura e Aplicada**. Ano III, nº 05/06, Lisboa: Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, 2007, pp. 55-63, disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/afreudite/article/view/830/671>, acesso em 17 de maio de 2015.
- MATHIEU, Patricia. *Avant le “Procès Équitable”: la place du contradictoire dans la procédure pénale française depuis l’époque médiévale*. In: **Le Contradictoire dans**

- le Procès Pénal. Nouvelles Perspectives. Actes du colloque organisé le 8 décembre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles de Grenoble.*** RIBEYRE, Cédric (Direction). Paris: Cujas, 2012.
- MATTOS, Carlos Lopes de. **Vida e Obra de Tomás de Aquino**, in Coleção Os Pensadores, São Paulo: Editora Nova Cultural, 2004.
- MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana.** Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin, São Paulo: Palas Athena, 2001.
- MCCARTHY, Conor. *Victim Redress and International Criminal Justice*. In: ***Journal of International Criminal Justice***, Vol. 10, issue 2, 2011, pp. 351-372, disponível em <http://jicj.oxfordjournals.org/content>, acesso em 14/03/2013.
- MCWILAIN, John. ***Dungeons & Torture***. London: Pitkin Publications, 1998.
- MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Manual do Processo Penal**, Rio de Janeiro: AIDE, 1987.
- MEDWED, Daniel S. ***Prosecution Complex. American's race to convict and its impact on the innocent.*** New York: New York University Press, 2012.
- MEIRA, Silvio. **Curso de Direito Romano: história e fontes**, ed. fac-sim., São Paulo: LTr, 1996.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo.** São Paulo: Método, 2008.
- MENOCHII, Jacobi. ***De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis. Tomus Primus.*** Geneve: Gabrielis de Tournes & Filiorum, 1724. Disponível em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 31 de julho de 2014.
- \_\_\_\_\_. ***De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis. Tomus II.*** Geneve: Cramer, Perachon & Cramer Filii, 1724. Disponível em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 31 de julho de 2014.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. **O Visível e o Invisível.** Tradução de José Artur Gianotti e Armando Mora d'Oliveira. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal.** 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

- MIGLINO, Arnaldo. **A Cor da Democracia**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Coleção Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Vol. 3, Florianópolis: Conceito, 2010.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MIRANDA, Sérgio. Introdução. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da Certeza**. Edição bilíngue, tradução de Maria Elisa Costa, Lisboa: Edições 70, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus. Tomo I**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 1999.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil. Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2009, p. 102.
- MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**, tradução para o francês da 3ª edição (1848), de C.A. Alexandre e para o português de Herbert Wüntzel Heinrich, Campinas: Bookseller, 1997.
- MOLINA GARCIA, René. *Neurociencia, Neuroética, Derecho y Proceso*. In: **Neurociencia y proceso judicial**. TARUFFO, Michele e NIEVA FENOLL, Jordi (organizadores), Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 68 e ss..
- MOMMSEN, Theodor. **The History of Rome**. Vol. I, Tradução para o inglês de Willian P. Dickson, New York: Charles Scribner & Company, 1869, disponível em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 14 de setembro de 2012.
- \_\_\_\_\_. **Historia de Roma. Libros I y II. Desde la fundación de Roma hasta la reunión de los estados itálicos**. 2ª ed., tradução para o espanhol de A. García Moreno, Madrid: Turner, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Corpus Iuris Civilis. Volumen Primum. Institutiones. Digesta**. Berlim: Weidmannos, 1889. Disponível em <https://archive.org/stream/corpusjuriscivil01krueuoft#page/n5/mode/2up>, acesso em 14 de maio de 2015.
- MONK, Ray. **Wittgenstein: o dever do gênio**. Tradução de C. A. Malferrari, São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- MONTANELI, Indro. **História de Roma. Da Fundação à Queda do Império**. Tradução de Margarida Periquito. Lisboa: Edições 70, 2006.



- MONTERO AROCA, Juan. *Principio acusatório y prueba en el processo penal. La inutilidade jurídica de un eslogan político*. In: ***Prueba y Proceso Penal. Analises especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado***. Coordinador: GÓMEZ COLOMER, Juan Luís. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 17-66.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **Do Espírito das Leis**. Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MOOHR, Geraldine Szott. *Prosecutorial Power in an Adversarial System: Lessons from Current White Collar Cases and the Inquisitorial Model*. In: ***Buffalo Criminal Law Review***. Vol. 8, 2005, pp. 165-220.
- MORALES, Rodrigo Rivera. ***La Prueba: un análisis racional y práctico***. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência. In: ***Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal***, v. 01, nº 01, Porto Alegre: Síntese, abril/maio de 2000, pp. 05-11.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano, vol. II**, 6ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos Gregos ao Pós-Modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- MOSSIN, Heráclito Antonio. **Curso de Processo Penal**, vol. 1, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1998.
- MOURAZ LOPES, José António. **A tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português**. Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica nº 83, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**, vol. 1, Bauru: Edipro, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. ***La búsqueda de la verdad en el proceso penal***. 2ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
- \_\_\_\_\_. ***De Nuevo sobre el “Derecho Penal del Enemigo”***, in Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo, Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt, coordenação de Andrei Zenkner Shmidt, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

- NEIMAN, Susan. **O Mal no Pensamento Moderno. Uma história alternativa da filosofia.** Tradução de Fernanda Abreu, Rio de Janeiro: DIFEL, 2003.
- NELSON, Briton K. *Adding Fuel to the Fire: United States v. Booker and the Crack versus Powder Cocaine Sentencing Disparity.* In: **University of Richmond Law Review.** Vol. 40, edição 4, maio de 2006, pp. 1161-1192.. Disponível em <http://lawreview.richmond.edu/adding-fuel-to-the-fire-united-states-v-booker-and-the-crack-versus-powder-cocaine-sentencing-disparity/>, acesso em 11 de abril de 2014.
- NIETZSCHE, Friedrich. **A Genealogia da Moral.** 3ª ed., tradução de Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, 2009, III, §12, p. 133.
- \_\_\_\_\_. **Além do Bem e do Mal. Prelúdio de uma filosofia do futuro.** Tradução de Armando Amado Júnior, São Paulo: WVC, 2001, Primeira Parte, 16, pp. 37 e 38.
- \_\_\_\_\_. **Assim Falava Zaratustra.** Tradução de Márcio Ferreira dos Santos, Petrópolis: Vozes, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Sobre o Niilismo e o Eterno Retorno - 1881-1888 - O retorno,** §1050.
- \_\_\_\_\_. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. In: **Obras incompletas.** Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. (Coleção “Os pensadores”). São Paulo: Abril, 1974.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *Proceso Judicial y Neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal.* In: **Neurociencia y proceso judicial.** TARUFFO, Michele e NIEVA FENOLL, Jordi (organizadores), Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 172.
- \_\_\_\_\_. **La Valoración de la Prueba.** Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.
- \_\_\_\_\_. **La Duda en el Proceso Penal.** Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- NIGG, Walter. **The Heretics.** New York: Alfred A. Knopf, 1962.
- MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas.** Tradução de Claudio Carina, Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- NORES, José I. Cafferata; HAIRABEDIÁN, Maximiliano. **La Prueba en el Proceso Penal: con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba.** 6ª ed., Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2008.

NORONHA, Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**, 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

NÖTH, Winfried. Semiótica e Semiologia: os conceitos e as tradições. In: **Com Ciência – Revista Eletrônica de Jornalismo Científico**, edição de 10 de março de 2006. Disponível em <http://comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&edicao=11&id=82&tipo=1>, acesso em 20 de junho de 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 5ª ed., São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. Palestra Proferida no Curso de Atualização dos Magistrados no Tribunal de Justiça do Paraná. In: BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná. Órgão Especial. Agravo Regimental Crime nº 413084-9/01**. Relator Desembargador Leonardo Lustosa. Julgado em 16 de outubro de 2009, disponível em <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>, acesso em 26 de maio de 2015.

**O Código de Hammurabi**, traduzido para o inglês por Leonard William King e para o português por Julia Vidili. São Paulo: Madras, 2005.

**Old Bailey Session Papers**. Disponível em [www.oldbaileyonline.org](http://www.oldbaileyonline.org), acesso em 07.02.2013, *Reference Number*: 16781211.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Penal**, 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Penal**, 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

**Ordonnance Criminelle du mois d'août 1670**. Disponível em [www.ledroitcriminel.free.fr](http://www.ledroitcriminel.free.fr), acesso em 24.06. 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho Escravo no Brasil do Século XXI**. SAKAMOTO, Leonardo (Coordenador), 2006, disponível em [http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/trabalho\\_escravo\\_no\\_brasil\\_do\\_%20seculo\\_%20xxi\\_315.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escravo_no_brasil_do_%20seculo_%20xxi_315.pdf), acesso em 24 de maio de 2015.

- ORLANDI, Eni Puccinelli. **As Formas do Silêncio. No movimento dos sentidos.** 6ª ed., Campinas: Editora Unicamp, 2007.
- ORLANDI, Renzo. *Diritti Individuali e Processo Penale nell'Italia Repubblicana.* In: **Diritti Individuali e Processo Penale nell'Italia Repubblicana: materiali dall'incontro di studio, Ferrara, 12-13 novembre 2010.** *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, nº 93, Milano: Giuffrè, 2011.
- ORTEGA Y GASSET, José. *El Tema de Nuestro Tiempo.* In: **Obras Completas, Tomo III**, Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- O'SHEA, Stephen. **A Heresia Perfeita. A Vida e a Morte Revolucionária dos Cátaros na Idade Média.** Tradução para o português de André Luiz Barros, Rio de Janeiro: Record, 2005.
- OST, François. **O Tempo do Direito.** Lisboa: Piaget, 1999.
- PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis.** 3ª ed., Niterói: Ímpetus, 2005.
- PACKER, Herbert L. *Two Models of the Criminal Process.* In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 113, nº 01, novembro de 1964, pp. 01-68, disponível em [www.jstor.org](http://www.jstor.org), acesso em 15.02.2013.
- PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. **História Constitucional Inglesa e Norte-americana: do Surgimento à Estabilização da Forma Constitucional.** Brasília: Editora Universidade de Brasília: Finatex, 1ª reimpressão, 2011.
- PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal.** Tradução de Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.
- PALIERO, Carlo Enrico. *Processo penale: diventa la regola l'inappellabilità dei proscioglimenti - Il "Ragionevole Dubbio" Diventa Criterio.* In: **Guida al Diritto.** Nº 10, Milano: Il Sole 24 Ore, 2006, pp. 73 e ss..
- PALMA, Maria Fernanda. O Problema do Processo Penal. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais.** Organizadas pela Faculdade de Direito de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut. Coordenação Maria Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 41-53.

- PALMER, Robert C.. ***English Law in The Age of Black Death: 1348-1381. A Transformation of Governance and Law.*** Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2001.
- PARK, Roger C.. *Adversarial Influences on the Interrogation of Trial Witnesses.* In: ***Adversarial versus Inquisitorial Justice: Psychological Perspectives on Criminal Justice Systems.*** Edited by Peter J. van Koppen e Steven D. Penrod. New York: Plenum Publisher, 2003, pp. 131-166.
- PARMÊNIDES. Fragmentos. Tradução de José Cavalcante de Souza. In: **Os Pré-Socráticos. Coleção Os Pensadores, vol. 1.** Ob. cit., pp. 147 e ss..
- PARSONS, Talcott. **O Sistema das Sociedades Modernas.** Tradução de Dante Moreira Leite, São Paulo: Pioneira, 1974.
- PATETA, Federico. ***Le Ordalie: studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato.*** Torino: Fratelli Bocca Editori, 1890, pp. 164 e ss., Disponível em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 11 de novembro de 2011.
- PAYAN MARTINS, Maria Teresa Esteves. **A Censura Literária em Portugal nos Séculos XVII e XVIII.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- PEIRCE, Charles Sanders. *Concerning the Author.* In: BUCHLER, Justus. ***Philosophical Writings of Peirce.*** New York: Dover Publications, 1955, pp. 01-04.
- \_\_\_\_\_. *Logic as Semiotic: The Theory of Signs.* In: BUCHLER, Justus. ***Philosophical Writings of Peirce.*** New York: Dover Publications, 1955, pp. 98 e ss..
- \_\_\_\_\_. *Some Consequences of Four Incapacities.* In: BUCHLER, Justus. ***Philosophical Writings of Peirce.*** New York: Dover Publications, 1955, pp. 228 e ss..
- \_\_\_\_\_. *Existential Graphs.* In: ***Collected Papers of Charles Sanders Peirce.*** Belknap Press of Harvard University Press, 1974.
- \_\_\_\_\_. *The icon, index and symbol.* ***Collected Papers.*** II Cambridge: Mass, 1932.
- PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

- PEREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. ***Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal***. Bogotá, Temis, 2005.
- PESSINA, Enrico. ***Storia delle leggi sul procedimento penale***. Napoli: Dott. Pirro Pirrone, Editore, 1912.
- \_\_\_\_\_. ***Dei Progressi Del Diritto Penale in Italia nel Secolo XIX***. Firenze: Stabilimento Civelli, 1868.
- PESSOA, Fernando. ***Livro do Desassossego***. Por Bernardo Soares. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.
- \_\_\_\_\_. ***Páginas de Pensamento Político. Vol II***. (Introdução, organização e notas de António Quadros.) Mem Martins: Europa-América, 1986.
- PHILLIPS, Richard. ***On The Power and Duties of Juries and on The Criminal Laws of England***. 2ª ed., London: Sherwood, Neely and Jones, Paternoster-Row, 1813, p. 133. Disponível em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 05.01.2012.
- PICÓ I JUNOY, Joan. ***El Juez y la Prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo “iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam” y su repercusión actual***. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2011.
- PIERGALLINI, Carlo. ***La Regola dell’“Oltre Ragionevole Dubbio” al Banco di Prova di un Ordinamento di Civil Law***. In: ***Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale***. Milano: Giuffré, 2007, pp.593 -647.
- PIFFERI, Michele. ***Generalia Delictorum. Il Tractatus Criminalis di Tiberio Deciani e la “parte generale” di diritto penale. Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno***, vol. 66, Milano: Giuffré, 2006.
- \_\_\_\_\_. ***Criminalistica in antico regime. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto***. Disponível em [http://www.treccani.it/enciclopedia/criminalistica-in-antico-regime\\_\(Il\\_Contributo\\_italiano\\_alla\\_storia\\_del\\_Pensiero:\\_Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/criminalistica-in-antico-regime_(Il_Contributo_italiano_alla_storia_del_Pensiero:_Diritto)/), acesso em 16 de setembro de 2014.
- PISAPIA, Gian Domenico. ***Compendio di Procedura Penale***, 3ª ed., Padova: CEDAN, 1982.
- PIZZI, William T. e MONTAGNA, Mariangela. ***The Battle to Establish an Adversarial Trial System in Italy***. In Michigan Journal of International Law, vol. 25, 2004, pp.

429-466, texto integral extraído da internet do site [www.lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/PizziMJIL.pdf](http://www.lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/PizziMJIL.pdf), acesso em 13.02.2011.

PLATÃO. Sofista. In: **Diálogos. O Banquete. Fédon. Sofista. Político. Coleção Os Pensadores, vol. 3**. Tradução de Jorge Paleikat e João Cruz Costa, São Paulo: Victor Civita, 1972.

\_\_\_\_\_. **Górgias**. Tradução de Carlos Alberto Nunes, créditos da digitalização: membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia), página do grupo: <http://br.egroups.com/group/acropolis/>, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000034.pdf>, acesso em 10 de dezembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Timeu-Crítias**. Tradução de Rodolfo Lopes. Coleção autores gregos e latinos. Série Textos, Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, Universidade de Coimbra, 2011, disponível em [https://bdigital.sib.uc.pt/jspui/bitstream/123456789/64/7/platao\\_timeu\\_critias.pdf](https://bdigital.sib.uc.pt/jspui/bitstream/123456789/64/7/platao_timeu_critias.pdf), acesso em 20 de junho de 2014, pp. 93-94 e pp. 108-109.

\_\_\_\_\_. **Crátilo**. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

\_\_\_\_\_. **Apologia de Sócrates**, in AVRELLA, Sérgio. **A Defesa de Sócrates – diretamente do grego**, 8ª. ed., Curitiba: Base Editorial, 2010.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. **Formação da Prova no Jogo Processual Penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic Willian. **The History of English Law Before the Time of Edward I**. Volume I, Indianapolis: Liberty Fund, p. 588 e ss., disponível em <http://files/libertyfund.org>, acesso em 03.03. 2013.

POLLOCK, John. **The Popish Plot: A Study in the History of Reign of Charles II**, London: Duckworth & Company, 1903, disponível em <https://archive.org/details/popishplotstudyi00polluoft>, acesso em 21 de abril de 2014.

POPPER, Karl. **O Mundo de Parmênides. Ensaios sobre o iluminismo pré-socrático**. Tradução de Roberto Leal Ferreira, São Paulo: UNESP, 2014.

PRADEL, Jean. **Droit Pénal Général**. Paris: Cujas, 12ª ed., 2006.

- \_\_\_\_\_. *Rapport de Synthèse. Le Contradictoire dans la Procédure Pénale*. In: **Le Contradictoire dans le Procès Pénal. Nouvelles Perspectives. Actes du colloque organisé le 8 décembre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles de Grenoble**. RIBEYRE, Cédric (Direction). Paris: Cujas, 2012, pp. 161-173.
- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.
- \_\_\_\_\_. Direito ao Silêncio. In: **Revista da Universidade Estácio de Sá**. Rio de Janeiro, nº 1, maio 2007, disponível em [www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista1/artigo12.htm](http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista1/artigo12.htm), acesso em 13 de agosto de 2014.
- \_\_\_\_\_. Crônica da Reforma do Processo Penal Brasileiro que se Inscreve na Disputa Política pelo Sentido e Função da Justiça Criminal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho (Organizadores) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. Volume 2**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, pp. 03-15.
- PRAKASH, Saikrishna B. *The Chief Prosecutor*. In: **George Washington Law Review**, Washington D.C., nº 6, pp. 1701-1787, abril de 2005.
- PRIMOT, Ludovic. **Le Concept d'Inquisitoire en Procédure Pénale. Représentations, Fondements et Définition**. Bibliothèque des Sciences Criminelles. Tome 47, Paris: LGDJ, 2010.
- PRODI, Paolo. **Uma História da Justiça**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PULIDO, Carlos Bernal. **O Direito dos Direitos: Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- PULITANÒ, Domenico. *La Giustizia Penale alla Prova del Fuoco*. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, ano 40, nova série, nº 01, Milano: Giuffrè, janeiro/março de 1997, pp. 03-41.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Provas Contra Si Mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003.



- RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.
- RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri, SP: Manole, 2013.
- READ, Piers Paul. **Os Templários**. Tradução de Marcos José da Cunha, Rio de Janeiro: Imago, 2001.
- REIS NOVAIS, Jorge. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão, 2011.
- RESTON, JR. James. ***Dogs of God. Columbus, the Inquisition, and the Defeat of the Moors***. New York, London, Toronto, Sydney, Auckland: Doubleday, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Os Cães do Senhor. Colombo, a Inquisição e a Derrota dos Mouros**. Tradução de Marcelo Ferroni, Rio de Janeiro: Record, 2008.
- REX, Peter. ***Willian the Conqueror. The Bastard of Normandy***. Gloucestershire: Amberley Publishing, 2012.
- RIBEIRO JR., João. **Pequena História das Heresias**. Campinas, S.P.: Papirus, 1989.
- RICOUER, Paul. **Tempo e Narrativa. Volume 3. O Tempo Narrado**. Tradução de Claudia Berliner, São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- RIO, Alfredo Gil del. ***La Santa Inquisición. Sus principales procesos contra la brujería en España***. Madrid: Edimat Libros, 1999.
- ROBINSON JR., David. *The Decline and Potential Collapse of Federal Guideline Sentencing*. In: **Washington University Law Review**, St. Louis, vol.74, nº 4, pp. 881-912, 1996, disponível em <http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1627&context=lawreview>, acesso em 13 de abril de 2014.
- ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano e CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- RODRIGUES, Roger de Melo. **A Tutela da Vítima no Processo Penal Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2014.

- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Sobre a Qualidade da Jurisdição: Fundamentação das Decisões, Justiça Opinitiva e Luta pela Justificação no Direito Brasileiro Contemporâneo**. Artigo CEBRAP e Direito FGV. Não publicado, 2012.
- RONCO, Alessandra. ***Il processo penale nella legislazione tardo imperiale***. Tese de doutorado defendida em 2008 na Universidade de Padova. Disponível em: [www.padua-research.cab.unipd.it/349](http://www.padua-research.cab.unipd.it/349), acesso em 12 de setembro de 2010.
- ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.
- \_\_\_\_\_. O Processo (Penal) como Procedimento em Contraditório: Diálogo com Elio Fazzalari. In: **Novos Estudos Jurídicos - NEJ**, Vol. 11, nº 2, julho-dezembro de 2006, pp. 219-233. Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/434>, acesso em 10 de agosto de 2014.
- \_\_\_\_\_. Variáveis Ocultas e Efeito Borboleta na Decisão Penal. In: **Consultor Jurídico**. Edição de 22 de março de 2014. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2014-mar-22/diario-classe-variaveis-ocultas-efeito-borboleta-decisao-penal#\\_ftn2\\_2565](http://www.conjur.com.br/2014-mar-22/diario-classe-variaveis-ocultas-efeito-borboleta-decisao-penal#_ftn2_2565), acesso em 27 de julho de 2014.
- ROTH, Cecil. ***The Spanish Inquisition***, New York, London: W.W. Norton & Company, 1996.
- ROTTERDAM, Erasmo. **Elogio da Loucura**. Tradução de Ana Paula Pessoa, São Paulo: Sapienza, 2005.
- ROXIN, Claus. ***Derecho Procesal Penal***. Tradução do alemão para o espanhol de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RUBENSTEIN, Richard E. **Herdeiros de Aristóteles, como cristãos, muçulmanos e judeus redescobriram o saber da Antiguidade e iluminaram a Idade Média**. Tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

- RUIZ, Agustín Gonzáles. **Presentación**, in WOLFF, Christian. *Pensamientos racionales acerca de Dios, el mundo y el alma del hombre, así como sobre todas las cosas en general*, tradução para o espanhol de Agustín Gonzáles Ruiz, Madrid: Ediciones Akal, 2000, pp. 11 e ss..
- RUSSELL, Bertrand. **Os Problemas da Filosofia**. Tradução de Jaimir Conte, Florianópolis: UFSC, 2005.
- RUST, Leandro Duarte. *Bulas Inquisitoriais: Ad Bolendam (1184) e Vergentis in Senium (1199)*. In: **Revista de História**, São Paulo, nº 166, pp. 129-161, janeiro/junho de 2012, disponível em <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/viewFile/48532/52451>, acesso em 26 de maio de 2015.
- SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta iuris Permissione. Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger. Um Mestre na Alemanha Entre o Bem e o Mal**. 2ª ed., tradução de Lyz Lerr Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005.
- SAINERO, Ramón. **Sagas Celtas Primitivas**. Madrid: Ediciones Akal, 1993.
- SANTAELLA, Lucia. **O Método Anticartesiano de C. S. Peirce**. São Paulo: Unesp, 2004.
- MOREIRA DOS SANTOS, Gil. **O Direito Processual Penal**, Porto: Asa Edições, 2002.
- SARAGOÇA DA MATTA, Paulo. A Livre Apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Organizadas pela Faculdade de Direito de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut. Coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 221-279.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO,

- Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Organizadores). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, pp. 311 e ss..
- Saúde Web**, disponível em <http://saudeweb.com.br/29466/siemens-traz-ressonancia-de-7-tesla-ao-brasil-em-parceria-com-usp/>, acesso em 12 de dezembro de 2013.
- SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. Tradução para o espanhol de Mauro Armiño, Madrid: Akal, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Lingüística Geral**. 20 ed., tradução de A. Chelini, José P. Paes e I. Blikstein, São Paulo: Cultrix, USP, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Outros Escritos de Linguística Geral**. Organizados e editados por Simon Bouquet e Rudolf Engler. São Paulo: Cultrix, 2002.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Tradução de Heloísa da Graça Buratti, São Paulo: Rideel, 2005.
- SBRICOLI, Mario. “*Vidi Communiter Observari*”. *L’emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*. In: **Quaderni Fiorentini, XXVII**. Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno. Firenze: Università degli Studi di Firenze, 1998, pp. 231-268.
- SCHILD, Wolfgang. *History of Criminal Law and Procedure*. In: **Criminal Justice Through the Ages**. Tradução do alemão para o inglês de John Fosberry, Rothenburg ob der Tauber: Mediaeval Crime Museum, 1993, p. 46 e ss.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. **Hermêutica e Crítica. Volume 1**. Tradução de Aloísio Ruedell, Ijuí: Editora Unijuí, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Tradução de Celso Reni Braidia, Petrópolis: Vozes, 1999.
- SCHOPENHAUER, Arthur. **O Mundo Como Vontade e Representação**. Tradução de Jair Barboza, São Paulo: Editora Unesp, 2005.
- SCHÜNNEMANN, Bernd. **Obras**. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal Bajo una Perspectiva Global**, in *Obras*, Tomo II, Colección Autores de Derecho Penal, dirigida por Edgardo Alberto Donna. Tradução para o espanhol de Mariana Sacher, Silvina Bacigalupo e Lourdes Baza, Buenos Aires, Santa Fé: Rubinzal- Culzoni, 2009, pp. 393-425.

- \_\_\_\_\_. O Juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Penal? Uma Confirmação Empírica dos Efeitos Perseverança e Aliança. In: **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Luís Greco (Coordenador e tradutor), Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 205-221.
- SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial. O Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas, São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SCHWIKKARD, Pamela Jane. ***Procedural Models and Fair Trial Rights***. International Association of Procedural Law, Toronto Conference, 2009, disponível em <http://www.docstoc.com/docs/30851484/Procedural-models-and-fair-trial-rights>, acesso em 15 de setembro de 2014.
- SEARLE, John. **Expressão e Significado. Estudos da Teoria dos Atos de Fala**. Tradução de Ana Cecília G. A. de Camargo e Ana Luiza Marcondes Garcia. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SECUNDA, Paul M. *Cleaning up the Chicken Coop of Sentencing Uniformity: Guiding the Discretion of Federal Prosecutors Through the Use of the Model Rules of Professional Conduct*. In: **American Criminal Law Review**, Georgetown, vol. 34, nº 3, pp. 1267-1292, 1997, disponível em <file:///C:/Users/rrchemim/Downloads/SSRN-id855508.pdf>, acesso em 13 de abril de 2014.
- SENTÍS MELENDO, Santiago. ***In Dubio Pro Reo***. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
- \_\_\_\_\_. ***La Prueba. Los Grandes Temas de Derecho Probatorio***. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1978.
- SIDAUI, Rogério. **Curiosidades Históricas**. São Paulo: Ibrasa, 2004.
- SIEMS, Larry. ***The Torture Report: What the Documents Say About America's Post-9/11 Torture Program***. New York: OR Books, 2011.
- SHAKESPEARE, William. **Tito Andrônico**. Edição de Ridendo Castigat Mores, versão para ebook, disponível em [www.jahr.org](http://www.jahr.org), acesso em 06 de junho de 2014.
- \_\_\_\_\_. **Medida por Medida**. Edição de Ridendo Castigat Mores, versão para ebook, disponível em [www.jahr.org](http://www.jahr.org), acesso em 22 de maio de 2014.

- SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Apresentação à Edição Brasileira. In: HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo. Racionalidade da Ação e Racionalização Social. Volume 1.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico.** Curitiba: Juruá, 2014.
- SIMMEL, Georg. **Schopenhauer & Nietzsche.** Tradução de César Benjamin, Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.
- SKLANSKY, David Alan. *Anti-Inquisitorialism.* In: **Harvard Law Review.** Forthcoming; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1283274, novembro de 2008. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1283274>, acesso em 04 de setembro de 2014.
- SOLER GIL, Francisco José. *Relevancia de los Experimentos de Benjamin Libet y de John-Dylan Haynes para el Debate en Torno a La Libertad Humana en los procesos de decisión.* In: **Thémata. Revista de Filosofia**, nº 41, 2009, pp. 540-547. Disponível em <http://institucional.us.es/revistas/themata/41/34soler.pdf>, acesso em 17 de dezembro de 2013.
- SOON, Chun Siong; BRASS, Marcel; HEINZE, Hans-Jochen; e HAYNES, John-Dylan. *Unconscious determinants of free decisions in the human brain.* In: **Nature Neuroscience**, vol. 11, nº 05, maio de 2008, pp. 543-545, disponível em <http://pt.scribd.com/doc/105822040/Soon-Et-Al-2008-Unconscious-Determinants-of-Free-Decisions-in-the-Human-Brain>, acesso em 11 de dezembro de 2013.
- SOUZA, Nei Ricardo de. **Psicoterapia e Taoísmo.** São Paulo: Summus, 2007.
- SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Um Discurso Sobre as Ciências.** 5ª ed., São Paulo: Cortez, 2008.
- SPEE VON LANGENFELD, Friedrich. **Cautio criminalis, or a Book on Witch Trials.** Traduzida para o inglês por Marcus Hellyer. Virginia: University of Virginia, 2003.
- SPINOZA, Baruch de. **Pensamentos Metafísicos.** Tradução de Marilena de Souza Chauí Berlinck. Coleção Os Pensadores, São Paulo: Abril ed., 1973.

- STORR, Anthony. **A Agressividade Humana**. Tradução de Cleci Leão, São Paulo: Benvirá, 2012.
- STEIN, Ernildo. STEIN, Ernildo. **Seis Estudos Sobre “Ser e Tempo”. Comemoração dos Sessenta Anos de Ser e Tempo de Heidegger**. Petrópolis: Vozes, 1988.
- \_\_\_\_\_. **A Caminho de Uma Fundamentação Pós-Metafísica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Pensar é Pensar a Diferença. Filosofia e Conhecimento Empírico**. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Aproximações Sobre Hermenêutica**. 2ª ed., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- \_\_\_\_\_. Gadamer e a Consumação da Hermenêutica. In: **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. (Organizadores: STEIN, Ernildo e STRECK, Lenio Luiz), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Analítica Existencial e Psicanálise. Freud, Binswanger, Lacan, Boss. Conferências**. Ijuí: Editora Unijuí, 2012.
- STEIN, Lilian Milnitsky (Organ.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas implicações clínicas e jurídicas**. 12ª ed., Porto Alegre: Artmed, 2010.
- STELLA, Federico; GALAVOTI, Maria Carla. *L’Oltre il Raggionevole Dubbio Come Standard Probatorio: le infondate divagazioni dell’epistemologo Laudan*. In: **Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffré, 2005, pp. 883-937.
- STERN, Daniel N. **O Momento Presente na Psicoterapia e na Vida Cotidiana**. Tradução de Celimar de Oliveira Lima, Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2007.
- STERNBERG, Robert J. **Psicologia Cognitiva**. Tradução da 5ª edição norte-americana por Anna Maria Dalle Luche e Roberto Galman. São Paulo: Cengage Learning, 2013.
- STITH, Kate. *The Arc of Pendulum: Judges, Prosecutors, and the Exercise of Discretion*. In: **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, New Haven, nº 117, p. 1420-1497, 2008, pp. 1453-1454, disponível em

[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2264&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2264&context=fss_papers), acesso em 12 de abril de 2014.

STRATHERN, Paul. **Spinoza em 90 minutos**. Tradução de Marcus Penchel, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed., São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas**. In: **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método** (Organizadores: STEIN, Ernildo e STRECK, Lenio Luiz), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. Da “Justeza dos Nomes” à “Justeza da Resposta Constitucional”. In: **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, vol. 43, nº 50, julho/dezembro de 2008, pp. 91-114, p. 92, disponível em [http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22248/justeza\\_nomes\\_justeza\\_resposta.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22248/justeza_nomes_justeza_resposta.pdf?sequence=1), acesso em 27 de julho de 2013.

\_\_\_\_\_. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? In: **Jus Navigandi**. 2008, disponível em <http://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht>, acesso em 17 de abril de 2014.

\_\_\_\_\_. **Bem Jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>, acesso em 03 de maio de 2014.

\_\_\_\_\_. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.



- \_\_\_\_\_. O Passado, o Presente e o Futuro do STF em Três Atos. In: **Consultor Jurídico – Conjur.** 15 de novembro de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>, acesso em 23 de março de 2015.
- \_\_\_\_\_. Sempre ainda a dura face do ativismo em *terrae brasiliis*. In: **Consultor Jurídico – Conjur.** 06 de março de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-mar-06/senso-incomum-sempre-ainda-dura-face-ativismo-terrae-brasilis>, acesso em 09 de março de 2014.
- \_\_\_\_\_. Juiz com Fome ou que Almoçou Mal Deve Julgar Nossas Causas? In: **Consultor Jurídico – Conjur.** 05 de junho de 2014, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-05/juiz-fome-ou-almocou-mal-julgar-nossas-causas>, acesso em 13 de abril de 2014.
- \_\_\_\_\_. Doutrina: direito ou dever de apontar os erros do STF? In: **Consultor Jurídico – Conjur.** 24 de abril de 2014, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-abr-24/senso-incomum-doutrina-direito-ou-dever-apontar-erros-stf>, acesso em 17 de setembro de 2014.
- \_\_\_\_\_. Vivemos entre Anorexia e Bulimia Informativas: assistam ao vídeo! In: **Consultor Jurídico – Conjur.** 25 de setembro de 2014, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-set-25/senso-incomum-vivemos-entre-anorexia-bulimia-informativas-assistam-video>, acesso em 13 de abril de 2015.
- \_\_\_\_\_. O Problema da Decisão Jurídica em Tempos Pós-Positivistas. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ.** Volume 14, nº 02, Itajaí: Univali – Universidade Vale do Itajaí, 2º quadrimestre de 2009, pp. 03-26, p. 08. Disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1766/1406>, acesso em 01.10.2014.
- \_\_\_\_\_. **O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 2ª ed., Coleção O que é Isto? Volume 01, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- \_\_\_\_\_. O Pamprincipiologismo e o sorriso do lagarto ou “não escreva um tratado sobre carneiros: compre um e asse”. In: **Compreender Direito. Desvelando as Obviedades do Discurso Jurídico.** São Paulo: RT, 2013, pp. 19-25.

- \_\_\_\_\_. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. In: **Consultor Jurídico – Conjur**. 19 de março de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>, acesso em 14 de maio de 2015.
- \_\_\_\_\_. Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios. In: **Consultor Jurídico - Conjur**. 29 de março de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-mar-29/senso-incomum-azdak-humpty-dumpty-embargos-declaratorios>, acesso em 09 de março de 2015.
- \_\_\_\_\_. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (hércules, júpiter e hermes) – dois decálogos necessários. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/1.pdf>, acesso em 23 de março de 2015.
- \_\_\_\_\_. Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo. In: **Observatório de Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP – Instituto Brasileiro de Direito Público. Ano 7, nº 2, jul./dez. 2014, pp. 25-48, disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/1043/672>, acesso em 13 de abril de 2015.
- \_\_\_\_\_. Em Tempos de Carnavalização, Vale Lembrar o Maior Folião Epistêmico: Warat. In: **Emporio do Direito**. 13 de fevereiro de 2015. Disponível em <http://emporiოდireito.com.br/em-tempos-de-carnavalizacao-vale-lembrar-o-maior-foliao-epistemico-warat/>, acesso em 09 de maio de 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS. José Luis. Estado Democrático de Direito. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. (Organizadores: J.J. Gomes Canotilho e outros), São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 114.
- STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é Isto – as Garantias Processuais Penais?** Coleção O que é Isto? Volume 02, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. TRINDADE, André Karam. O “Cartesianismo Processual” em Terrae Brasilis: a filosofia e o processo em tempos

- de protagonismo judicial. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos - NEJ** - Eletrônica, Vol. 18 - n. 1 - p. 05-22 / jan-abr 2013.
- STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- STUNTZ, Willian J. *The Uneasy Relationship between Criminal Procedure and Criminal Justice*. In: **The Yale Law Journal**, 107, 1997.
- SUFFERT, Georges. **Tu és Pedro. Santos, papas, profetas, mártires, guerreiros, bandidos. A história dos primeiros 20 séculos da Igreja fundada por Jesus Cristo**. Tradução de Adalgisa Campos da Silva, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- SUTHERLAND, Donald W. **The Assize of Novel Disseisin**. Clarendon Press, Oxford University Press, 1973.
- SUTHERLAND, Edwin H. **El Delito de Cuello Blanco. White Collar Crime. The Uncut Version**. Tradução para o espanhol de Laura Belloqui. Buenos Aires: B de F, 2009.
- TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade. O Juiz e a Construção dos Fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos, São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- \_\_\_\_\_. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992
- \_\_\_\_\_. *Proceso e Neurociencia. Aspectos generales*. In: **Neurociencia y proceso judicial**. TARUFFO, Michele e NIEVA FENOLL, Jordi (coordenadores). Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 23-24.
- TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar A.R.C. de. **Curso de Direito Processual Penal**. 2ª. ed., Salvador: Jus Podivm, 2009.
- TEIXEIRA, Sebastião Meirelles, *in Joana D'Arc: processo de condenação/ tradução, comentários e notas* Sebastião Meirelles Teixeira. São Paulo: Riddel, 1996.
- THAMAN, Stephen C. *Aspectos Adversariales, Acusatórios e Inquisitivos en el Proceso Penal de los Estados Unidos*. In: **Proceso penal y sistemas acusatórios**, Lorena Bachmaier Winter (coordenação), Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, pp. 161-176.
- THIBAUT, John. WALKER, Laurens. **Procedural Justice: A Psychological Analysis**. New York: John Wiley & Sons Inc., 1976.
- THOMASIIUS, Christian. **De crimina magiae. De origine et progressu processus inquisitorii contra sagas**, Ed. Rolf Lieberwirth, Verlag Hermann Böhlaus

- Nachfolger, Weimar, 1967, in *Bibliotheca Augustana*, [www.hs-augsburg.de](http://www.hs-augsburg.de), acesso em 31.03. 2009.
- THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais. Tempo, Tecnologia, Dromologia e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TODOROV, Tzvetan. **Os Inimigos Íntimos da Democracia**. Tradução de Joana Angélica d'Ávila Melo, São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco. **La Tortura Judicial en España**, Barcelona: Crítica, 2000.
- TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale. Ottava edizione**. Milano: Giuffrè Editore, 2007.
- \_\_\_\_\_. Direito de Defesa e Prova Científica: novas tendências do processo penal italiano. In: **Doutrinas Essenciais. Processo Penal. Volume III. Processo em Geral II**. NUCCI, Guilherme de Souza e ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (Organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp.1153-1169.
- TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal. Volume IV**, Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. Volume 1**, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Processo Penal. Volume 1**. 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Processo Penal. Volume 3**. 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- Treccani.it, **L'enciclopedia italiana**. Disponível em [http://www.treccani.it/enciclopedia/giacomo-menochio\\_\(Dizionario-Biografico\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/giacomo-menochio_(Dizionario-Biografico)/), acesso em 31 de julho de 2014.
- Trials for Treason Act, 1696*. In: **English Historical Documents**. London: Routledge, 1996, pp. 89 e ss.. Disponível em [www.books.google.com](http://www.books.google.com), acesso em 07.02.2013.
- TRINDADE, André Karam. A juíza que revogou a lei da Física e presidiu duas audiências ao mesmo tempo. In: **Consultor Jurídico – Conjur**. 21 de fevereiro de 2015, disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-fev-21/diario-classe-juiza-revogou-lei-newton-presidiu-duas-audiencias-mesmo-tempo>, acesso em 17 de maio de 2015.

- TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. *Kill the lawyers*: para que contraditório se já formei o convencimento mesmo? In: **Consultor Jurídico – Conjur**. 09 de maio de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mai-09/diario-classe-contraditorio-formei-convencimento-mesmo>, acesso em 17 de maio de 2015.
- TSOHATZIDIS, Savas L. Introdução. In: **A Filosofia da Linguagem de John Searle: força, significação e mente**. TSOHATZIDIS, Savas L. (Organização). Tradução de Luiz Henrique de Araújo Dutra, São Paulo: UNESP, 2012.
- TWISS, Miranda. **Os Mais Perversos da História**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Planeta do Brasil, 2004.
- UBERTIS, Giulio. **Principi di Procedura Penale Europea: le regole del giusto processo**. 2ª ed., Milano: Raffaello Cortina, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Sistema di Procedura Penale I. Principi Generali**. 3ª ed., Torino: UTET, 2013.
- UGLOW, Steve. **Criminal Justice**. London: Sweet & Maxwell, 1995.
- UNITED KINGDOM. **United Kingdom Parliament. Anti-Terrorism, Crime and Security Bill**. Disponível em [www..publications.parliament.uk](http://www.publications.parliament.uk), acesso em 15 de outubro de 2007.
- \_\_\_\_\_. **Prevention of Terrorism Act 2005**. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/2/contents>, acesso em 15 de outubro de 2007.
- UNITED STATES OF AMERICA. **Federal Law 107-56 (Uniting and Strengthening América by Providing Appropriated Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act**. Disponível em <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ56/html/PLAW-107publ56.htm>, acesso em 27 de maio de 2014.
- \_\_\_\_\_. **Homeland Security Act of 2002**. Disponível em <http://www.dhs.gov/homeland-security-act-2002>, acesso em 27 de maio de 2014.
- \_\_\_\_\_. **Federal Rules of Evidence**. Washington, DC: Government Printing Office, 2013. Disponível em [http://judiciary.house.gov/\\_cache/files/5334e54f-12cc-44b1-a0bc-697e8e29bd15/evidence2013.pdf](http://judiciary.house.gov/_cache/files/5334e54f-12cc-44b1-a0bc-697e8e29bd15/evidence2013.pdf), acesso em 06 de setembro de 2014.

- \_\_\_\_\_. **House of Representatives. Ethics in Government Act.** Disponível em <http://www.house.gov/legcoun/Comps/Ethics%20In%20Government%20Act%20Of%201978.pdf>, acesso em 11 de abril de 2014.
- \_\_\_\_\_. **Military Order of November 13, 2001.** Disponível em <http://fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm>, acesso em 27 de maio de 2015.
- \_\_\_\_\_. **Protect America Act of 2007. S 1927.** Disponível em <https://www.govtrack.us/congress/bills/110/s1927/text>, acesso em 27 de maio de 2015.
- \_\_\_\_\_. **United States Supreme Court. Morrison v. Olson.** Nº 87-1279, 487 U.S. 654, Washington D.C., 1988. Disponível em <http://openjurist.org/487/us/654/morrison-v-b-olson-c-e>, acesso em 12 de abril de 2014.
- VALLERANI, Massimo. **La Giustizia Pubblica Medievale.** Bologna: Il Mulino, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Modeli di Verità. Le Prove nei Processi Inquisitori.* In: GAUVARD, Claude (Organizador). **L'enquête au Moyen Âge. Etudes.** Roma: *Collection de l'Ecole Française de Rome*, 2008, pp. 123-142.
- \_\_\_\_\_. *Procedura e giustizia nelle città italiane del basso medioevo (XII-XIV secolo).* In: CHIFFOLEAU, Jacques; GAUVARD, Andrea Zorzi (Organizadores). **Pratiques Sociales et Politiques Judiciaires dans les Villes de L'Occident à la Fin du Moyen Age.** *Publications de l'École française de Rome*, 2007, pp. 439-494. Disponível em <http://books.openedition.org/efr/1787>, acesso em 20 de novembro de 2014.
- VALZANIA, Sergio. *La partita di diritto. Considerazioni sull'elemento ludico del processo.* In: **Jus – Rivista di scienze giuridiche**, nº XXV, 1978.
- VAN LOON, Hendrik Willen. **A História da Humanidade.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Novo CPC - Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. In: **Consultor Jurídico – Conjur.** 04 de março de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>, acesso em 09 de março de 2015.

- VATICANO. **Código de Direito Canônico**. 10ª ed., São Paulo: Edições Loyola, 2009.
- \_\_\_\_\_. **IV Concilio Lateranense**. Texto na íntegra extraído da internet, do site [www.intratext.com](http://www.intratext.com), acesso em 24.08.2006.
- VATTIMO, Gianni. **Introduzione a Heidegger**. Roma-Bari: Laterza, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Heidegger e la filosofia della crisi*. In: **Il Caffè Filosofico: La Filosofia Raccontata dai Filosofi**. Torino: La Repubblica. L'Espresso. DigitalE, Media Publishing, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Verità e Interpretazione*. In: **Processo e Verità**. A cura di MARINI, Alarico Mariani. *Presentazione di ALPA, Guido. Contributi di VATTIMO, Gianni et al. In collaborazione con Consiglio Nazionale Forense*. Pisa: Edizioni Plus – Pisa University Press, 2005, pp. 11-16.
- VEYNE, Paul. **Acreditavam os Gregos em Seus Mitos? Ensaio Sobre a Imaginação Constituinte**. Tradução de Horácio González e Milton Meira Nascimento, São Paulo: Editora Brasiliense, 1984.
- VINEGRAD, Alan. *Justice Department's New Charging, Plea Bargaining and Sentencing Policy*. In: **New York Law Journal**. Vol. 243, nº 110, junho de 2010, disponível em <http://www.cov.com/files/Publication/9989edae-7ef1-42a5-a57a-fb3019d76b4b/Presentation/PublicationAttachment/4f97a03d-65a8-4e4a-8c91-a94bb3f8a3e0/Justice%20Department's%20New%20Charging,%20Plea%20Bargaining%20and%20Sentencing%20Policy.pdf>, acesso em 14 de abril de 2014.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- \_\_\_\_\_. *El Proceso Penal de la Presunción de Inocencia*. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Organizadas pela Faculdade de Direito de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut. Coordenação Maria Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 27-39.
- VOGLER, Richard. *El Sistema Acusatorio en los Procesos Penales en Inglaterra y en Europa Continental*. In: **Proceso penal y sistemas acusatorios**, Lorena Bachmaier Winter (coordenação), Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, pp. 177-194.

- \_\_\_\_\_. Justiça Consensual e Processo Penal. In: **Processo Penal e Estado de Direito**. (Coordenadores: CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai). Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Campinas: Edicamp, 2002.
- VOLTAIRE. François Marie Arouet. **Cartas Inglesas. Décima Terceira Carta. Sobre o Sr. Locke**. Tradução de Marilena de Souza Chauí Berlinck. Coleção Os Pensadores. Volume XXIII, São Paulo: Victor Civita Editor, 1973.
- \_\_\_\_\_. **Dicionário Filosófico. História. Seção III. Da certeza em história**. Tradução de Marilena de Souza Chauí Berlinck. Coleção Os Pensadores. Volume XXIII, São Paulo: Victor Civita Editor, 1973.
- \_\_\_\_\_. **Zadig ou La Destinée. Histoire Orientale. 1747. Chapitre VI, Le Ministre**. Blackmask Online, 2002, disponível em [http://www.ebooksgratuits.com/blackmask/voltaire\\_zadig.pdf](http://www.ebooksgratuits.com/blackmask/voltaire_zadig.pdf), acesso em 31 de maio de 2015.
- WALDEN, Treadwell. **The Great Meaning of Metanoia. An undeveloped chapter in the life and teaching of Christ**. Reprint from the collections of the University of California Libraries, New York: Thomas Whittaker, 1896.
- WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. In: **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**. Nº 05, Florianópolis: Editora UFSC, 1982, pp. 48-57.
- \_\_\_\_\_. **A Pureza do Poder: uma Análise Crítica da Teoria Jurídica**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.
- \_\_\_\_\_. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas Santa Cruz do Sul, 1985.
- \_\_\_\_\_. **Introdução Geral ao Direito. Volume I. Interpretação da Lei. Temas para uma Reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Introdução Geral ao Direito. Volume II. A Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995/Reimpressão, 2002.
- \_\_\_\_\_. **30 Chaves para Entender Kelsen**. Disponível em <http://luisalbertowarat.blogspot.com.br/2013/05/30-chaves-para-entender-kelsen-1era.html>, acesso em 09 de maio de 2015.



- \_\_\_\_\_. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.
- WATSON, Duncan. *The Attorney General's Guidelines on Plea Bargaining in Serious Fraud: Obtaining Guilty Pleas Fairly?* In: **The Journal of Criminal Law**. Vol. 74, Edição 1, p. 77-90, fevereiro de 2010.
- WELLS, Gary L.; MEMON, Amina; PENROD, Steven D. *Eyewitness Evidence: Improving its Probative Value*. In: **Psychological Science in the Public Interest**. New York, v.7, n.2, 2006, pp. 45-75. Disponível em [http://public.psych.iastate.edu/glwells/Wells\\_articles\\_pdf/pspi\\_7\\_2\\_article\[1\].pdf](http://public.psych.iastate.edu/glwells/Wells_articles_pdf/pspi_7_2_article[1].pdf), acesso em 19 de agosto de 2014.
- WELLS, Gary L.; LOFTUS, Elizabeth F.. *Eyewitness Memory for People and Events*. In: **Forensic Psychology**. New York, v.11, 2003, pp. 149-160. Disponível em <https://webfiles.uci.edu/eloftus/WellsLoftus03.pdf>, acesso em 19 de agosto de 2014.
- WELLS, Herbert George. **História Universal**. Vol 1, 7ª ed., tradução de Anísio Teixeira, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.
- WHITE, Michael. **Galileu Anticristo: uma biografia**. Tradução de Julián Fuks. Rio de Janeiro: Editora Record, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Isaac Newton: o Último Feiticeiro. Uma biografia**. Tradução de Beatriz Medina, Rio de Janeiro: Record, 2000.
- \_\_\_\_\_. **O Papa e o Herege. Giordano Bruno, a verdadeira história do homem que desafiou a Inquisição**. Tradução de Maria Beatriz Medina, Rio de Janeiro: Record, 2003.
- WHITMAN, James Q. **The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial**. New Haver & London: Yale University Press, 2008.
- WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio versus Inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal*. In: **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Lorena Bachmaier Winter (coordenação), Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, pp. 11-48.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3ª ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.

- \_\_\_\_\_. **Investigações Filosóficas**. 6ª ed., tradução de Marcos G. Nontagnoli, Petrópolis: Vozes, 2009.
- WOLFF, Christian. ***Pensamientos racionales acerca de Dios, el mundo y el alma del hombre, así como sobre todas las cosas em general***, tradução para o espanhol de Agustín Gonzáles Ruiz, Madrid: Ediciones Akal, 2000.
- WOLFF, Francis. Quem é Bárbaro? In: **Civilização e Barbárie**. Organização de Adauto Novaes, São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. ***Los desafios del poder judicial***, in Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo, Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt, coordenação de Andrei Zenkner Shcmidt, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.
- ZANON, Giorgia. ***Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato***. Padova: CEDAM, 1998.
- ZIMERMAN, David E.. **Bion. Da Teoria à Prática: uma leitura didática**. 2ª ed., Porto Alegre: Artmed, 2008.
- ZIZEK, Slavoj. **A Visão em Paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina, São Paulo: Boitempo, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Robespierre. Virtude e Terror**. Tradução de José Maurício Gradel, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.